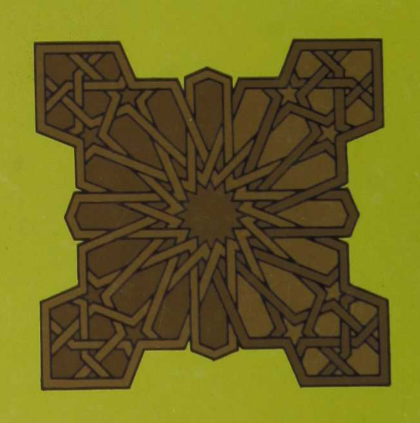
الفُرقَة بين الزوجين





إعداد و تحقيق
د/ محمد عبد الرحيم محمد

المكتبة التجارية - مكة المكرمة
مصطفى أحمد الباز

الفُرقة بين الزوجين

بسبب العيوب والأمراض

إعداد و تحقيق
د/ محمد عبد الرحيم محمد

دار الحديث
طبع . نشر . توزيع



١٤٠ شارع جوهر القائد أمام جامعة الأزهر
ت ٩١٩٦٧٠ - ٩١٨٧١٩ - ٩٢٦٥٠٨
تلكس : ٩٣٩٨٥ ٢٣١٦٢

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾
(٢٢٩ : البقرة)

الفرقة بين الزوجين بسبب العيوب والأمراض دراسة مقارنة

المقدمة

مما لا شك فيه أن من يستقرىء أمهات المصادر الفقهية للشرائع السماوية وغير السماوية يجد اختلافاً واضحاً بين هذه الشرائع فى نظام الفرقة بين الزوجين .

فإذا كانت الشريعة الإسلامية أعطت الرجل حق الطلاق بإرادته المنفردة كما تدل على ذلك نصوص القرآن والسنة ، فإنها فى الجانب المقابل أعطت الزوجة - إنصافاً وعدلاً - حق طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا ما أصبحت الحياة الزوجية متعسرة بسبب زوجها ، كمرضه أو عيبه أو غيبته ، أو عسرته بالنفقة ، أو سوء عشرته أو غير ذلك مما نص عليه الفقهاء فى مظانه من كتب الفقه والفروع .

أما الشريعة المسيحية فإنها تقوم على مبدأ أبدية الزواج فليس للزوج عندهم أن يطلق امرأته ، وليس للمرأة أن تفارق زوجها استناداً إلى قول المسيح « فالذى جمعه الله لا يفرقه إنسان » .

بيد أن ثمة تفاوتاً بين الطوائف المسيحية فى الأخذ بهذا المبدأ ، فلقد خففت منه طائفة الأرثوذكس ، فجوزوا انحلال الزواج فى كثير من الحالات .

أقول على حين توسع الأرثوذكس فى أسباب الفرقة بين الزوجين ، يتشدد الكاثوليك فى هذه المسألة فهم يؤمنون بمبدأ أبدية الزواج ويطبقونه تطبيقاً حرفيا ، فلا انحلال للزواج عندهم إلا بالموت .

وبين هذا وذاك سلك البروتستانت مسلكاً وسطاً ، فجوزوا التطليق لسببين وهما : الزنا والخروج عن الدين المسيحى .

هذا عن موقف الشريعة المسيحية من انحلال الزواج ، أما الشريعة اليهودية فكانت أكثر مرونة منها فى هذا الموضوع ، مع تفاوت بين طائفتيها القرائين والربانيين فى هذا الصدد ، فعلى حين تجوّز شريعة الربانيين الطلاق لأى سبب مهما كان تافهاً ، فإن شريعة القرائين تتشدد فى هذه الأسباب .

خلاصة القول ، إن الشريعة الإسلامية كانت أفضل من الشريعتين المسيحية واليهودية فى نظام الفرقة بين الزوجين ، حيث توسعت هذه الشريعة دون غيرها من الشرائع الأخرى في ذكر الأسباب المسوغة لهذه الفرقة سواء بالطلاق أو بالفسخ ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على موضوعية هذه الشريعة ومثاليتها ، فما حداها إلى هذا التوسع إلا حرصها على المصلحة ودرء الضرر ورفع الحرج والضيق عن الناس .

والدليل على ذلك أنه قد يعترى أحد الزوجين من أسباب النفرة الطارئة ودواعى الفرقة التى لا يؤمن وقوعها بين بنى الإنسان ما يصرفه عن صاحبه ، أو يحول بينهما وبين التمتع بمزايا الحياة السعيدة ، فيحل الجفاء والخصام محل الصفاء والوئام ، وربما اتسعت هوة الخلاف والشقاق بينهما ، فأصبحت حياتهما جحيماً لا يطاق ، وجرحاً لا يندمل إلا بالفراق ، والشريعة الصالحة العادلة لابد أن تجعل للناس مخرجاً من كل ضيق ، وتيسر لهم أسباب الخلاص من العناء وتفتح لأمثال هؤلاء باب استئناف حياة زوجية أقرب إلى الدعة والاستقرار ، وأدعى إلى السعادة فى أمن واطمئنان . فمشروعية افتراق الزوجين عند فساد العلاقة بينهما أمر تدعو إليه الفطرة أيضاً وتقتضيه المصلحة كاستثناء من الأصل العام قد تدعو إليه ضرورة الحياة لأنه – في الواقع هدم لبيت يريد أن ينقض ليقام مقامه بيت جديد على دعائم قوية ثابتة[١] .

---

(١) الفرقة بين الزوجين ص ٤ .

« وإذا كان وقوع النفرة واستحكام الشقاق والعداء فى الحالين - حال إباحة الطلاق وحال منعه - ليس بعيد الوقوع فأيهما خير ؟ أربط الزوجين بحبل متين لتأكل الضغينة قلوبهما ، ويكيد كل منهما للآخر ؟ أم حل ما بينهما من رباط وتمكين كل منهما من بناء بيت جديد على دعائم قويمة ؟ أو ليس استبدال زوج بآخر خيراً من ضم خليلة إلى امرأة مهملة ، أو عشيق إلى زوج بغيض ؟ »[1] .

نعم ، إن موقف شريعتنا الإسلامية الغراء من تيسير طرق الفرقة بين الزوجين عند الحضارة لدليل على موضوعيتها وإنصافها ومثاليتها .

بيد أن هذا الإنصاف ، وتلك المثالية والموضوعية التى تميزت بها هذه الشريعة تظهر بوضوح فى نظرى من خلال عقد دراسات مقارنة بينها وبين غيرها من الشرائع الأخرى - سماوية كانت أو وضعية ، لأنه بالمقارنة تتميز الشرائع وتبرز السمات والخصائص .

على ضوء هذا قمت ببعض الدراسات المقارنة فى باب الفرقة بين الزوجين ، وذلك بين الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع الأخرى - سماوية كانت أو وضعية - فجاءت دراستى الأولى فى ميدان الدراسات المقارنة عن « زوجة الغائب : بين الشريعة الإسلامية والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين الوضعية » حيث عالجت فى هذه الدراسة موقف الشرائع المختلفة من الفرقة بسبب غيبة الزوج ، سواء كانت هذه الغيبة منقطعة - الفقد - أو غير منقطعة ، وما يترتب على هذه الفرقة من آثار مالية وغير مالية .

وهأنذا اليوم أقدم ثانية دراساتى فى ميدان الدراسات المقارنة فى موضوع « الفرقة بين الزوجين » ، وموضوعها « الفرقة بين الزوجين بسبب

---

(١) نفسه ص ٩ .

العيوب والأمراض » .

هذا ولقد اقتضت طبيعة هذه الدراسة أن تأتى فى فصول عالج الأول منها موقف الشريعة الإسلامية ، من هذه المسألة سواء المذاهب الفقهية الثمانية المعروفة وهى (الحنفى والمالكى والشافعى والحنبلى والظاهرى والزيدى والجعفرى والأباضى) أو غير ذلك من المذاهب المندرسة كمذاهب الأوزاعى والثورى وغيرهما .

هذا ولقد قصدت الوقوف على مذاهب الفقه الإسلامى المختلفة وذلك لكى أوضح للقارىء سعة آفاق الفقه الإسلامى ورحابة صدره لشتى الاجتهادات وتعدد المشارع والمنازع ، فضلاً عن أن دراسة هذه المذاهب لازمة لتخفيف العصبية المذهبية التى تحول بين أصحابها وبين مجرد النظر فى المذاهب الأخرى إلا فى بعض المسائل لمحض الرد عليها[1] .

ثم جاء الفصل الثانى موضحاً موقف الشريعة اليهودية سواء طائفة القرائين أو الربانيين من انحلال الزواج بسبب العيب أو المرض ، وما يترتب على ذلك فى شريعتهم .

وفى الفصل الثالث أوضحت منهج الشريعة المسيحية من هذه المسألة ، وبخاصة طوائف الأرثوذكس دون غيرهم من الطوائف الأخرى ، لأنهم وحدهم الذين يجوزون الفرقة بين الزوجين - مع تفاوت بينهم - بسبب العيوب أو الأمراض .

أما الفصل الرابع فجاء حديثه عن موقف بعض شرائع الأمم القديمة من هذه الفرقة ، ثم جاء الفصل الخامس عند رؤية القوانين الوضعية - عربية كانت أو أجنبية - من هذه الفرقة .

---

(١) للوقوف على أهمية الدراسة للمذاهب راجع : الفقه الإسلامى بين الأصالة والتجديد ص ٣٢ .

هذا ولقد قصدت بيان موقف القوانين الوضعية من هذه المسألة ، حتى نقارن بينها وبين المذاهب الفقهية ، وعند ذلك نزداد معرفة ويقيناً بأصالة الفقه الإسلامى وتميزه واستقلاله عن أى فقه آخر خلافاً لما أثاره بعض المستشرقين من قبل من تأثر الفقه الإسلامى بالقانون الرومانى ، فضلاً عن أن المقارنة بين الفقه والقانون تزيد المسلم إيماناً بخصوبة الفقه الإسلامى وسعته ، وقدرته على مسايرة التطور ومواجهة كل جديد بعلاج يناسبه ، ووقوفه أمام أحدث القوانين وأرقاها على قدم المساواة ، بل تفوقه عليها فى كثير من الأحيان فى الصنعة والصياغة ، فضلاً عن المضمون والموضوع[١] .

ثم يأتى الفصل السادس والأخير عن : الصيغ والأحكام المتعلقة بهذه الفرقة ، وفى هذا الفصل أثبت الصيغ القانونية لدعوى الطلاق بسبب العيب أو المرض ، كما رصدت فى هذا الفصل أيضاً بعض أحكام القضاء والمحاكم المتعلقة بهذا النوع من فرق النكاح .

هذا ومما تجدر الإشارة إليه أننى صدَّرت هذه الدراسة بمدخل كان لازماً لموضوعها ، وهو ثبت للعيوب والأمراض التى جوَّز الفقهاء - مع تفاوت بينهم - بسببها الفرقة بين الزوجين .

وعلى الله قصد السبيل

المنيا فى ٥ / ٣ / ١٩٩٠ م   المؤلف

---

(١) للوقوف على أهمية المقارنة بين الفقه والقانون راجع الفقه الإسلامى بين الأصالة والتجديد ص ٣٧ - ٣٨ .

ثبت بالعيوب والأمراض المسوغة للفرقة بيـن الـزوجيـن

أولاً : عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة ، وهى :

١ - **الجنون :** هو ذهاب العقل ، وهو إما مطبق ، أى لا يفيق منه الإنسان ، وإما منقطع : أى يفيق منه صاحبه فى بعض الأحيان[١] .

٢ - **الجذام :** هو داء يتآكل منه اللحم ويتساقط[٢] .

٣ - **البرص :** هو بياض فى البدن ، ويشبهه فى لونه البهق ولكن لا خيار فيه - أى فى البهق ، والفرق بينهما أن النابت على الأبيض شعر أبيض ، وعلى البهق أشقر وإذا نخس البرص بإبرة خرج منه ماء ، ومن البهق دم وعلامة البرص الأسود التفليس[٣] والتقشير بخلاف الآخر[٤] .

٤ - **العذيطة :** يقال للرجل : عذيوط ، بكسر العين وإسكان الذال المعجمة وفتح الياء ، وإسكان الواو ، ويقال للمرأة : عذيوطة ، وهو الذى يتغوط عند الجماع[٥] .

---

(١) المغنى ٧ / ٥٨١ .

(٢) الخرشى ٣ / ٢٣٦ .

(٣) التفليس : أى يكون قشره مدورا يشبه الفلوس . الخرشى ٣ / ٢٣٦ .

(٤) الخرشى ٣ / ٢٣٦ .

(٥) نفسه ٣ / ٢٣٦ .

ثانياً : عيوب خاصة بالرجل

٥ - **العنة :** وهو الذى لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة ، من عنّ : إذا حبس فى العنة ، وهى حظيرة الإبل ، أو من عن : إذا عرض ؛ لأن ذكره يعن يميناً وشمالاً ولا يقصده لاسترخائه ، وجمع العنين : عَنن ويقال : عنين : بيِّن التعنن ، ولا يقالَ : بيِّن العنة ، ولو كانَ يصل إلى الثيب لا البكر لضعف الآلة ، أو إلى بعض النساء دون بعض ، أو لسحر أو لكبر فهو عنين بالنسبة إلى من يصل إليها لفوات المقصود فى حقها ، وتعرف العنة بأنه يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين ، فإن نقص ذكره وانزوى علم أنه لا عنة به ، وإلا علم أنه عنين[١] .

٦ - **الجب :** وهو أن يكون جميع ذكره مقطوعاً ، أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به ، فإن بقى منه ما يمكن الجماع به ويغيب منه فى الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها ، لأن الوطء يمكن وإن اختلفا فى ذلك فالقول قول المرأة ، لأنه يضعف بالقطع ، والأصل عدم الوطء ، ويحتمل أن القول له كما لو ادعى الوطء فى العنة ؛ ولأن له ما يمكن الجماع بمثله فأشبه بمن له ذكر قصير[٢] .

٧ - **الخصاء :** هو الذى قطعت خصيتاه ، أو رضت ويسمى حينئذ : الموجور ، أو سلت ، ويسمى حينئذ المسلول ، والحكم فى الجميع واحد ، لأنه لا ينزل ولا يولد له[٣] .

وهذا ولقد ذكر صاحب « فتح القدير » ما نصه « قال لى بعض أهل

---

(١) فتح القدير ٤ / ٢٢٩٧ وحاشية ابن عابدين ٢ / ٩٧٥ - ٩٧٦ ، والمغنى ٧ / ٦٠٢ - ٦٠٣ .

(٢) المغنى ٧ / ٥٨١ - ٥٨٢ .

(٣) المغنى ٧ / ٦٠٦ .

الماشية : إنه تمرس الخصيتين وهو صغير مرساً شديداً ثم يحبسان إلى فوق إلى أن يرتفعاً إلى ظهره فلا يعودان ، ويكون نشيطاً كثير الجماع إلا أنه لا يحبل »[١] .

٨ - **الاعتراض :** هو الذى له آلة كآلة الرجال ولكن لا ينتشر[٢] .

٩ - **الخنوثة :** هو الذى فى قبله فرجان : ذكر رجل وفرج امرأة لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى ، قال تعالى «وأنه خلق الذكر والأنثى» (:) وقال تعالى « وبث فيهما رجالاً كثيراً ونساء » (:) ، فليس ثم خلق ثالث ولا يخلو الخنثى من أن يكون مشكلاً أو غير مشكل ، فإن لم يكن مشكلاً بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال أو تظهر فيه علامات النساء فهو امرأه له أحكامهن ، وإن كان مشكلاً فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء ففيه خلاف[٣] .

---

(١) فتح القدير ٤ / ٣٠٢ .
(٢) الخرشى ٣ / ٢٣٧ .
(٣) المغنى ٧ / ٦١٩ - ٦٢٠ .

ثالثاً : عيوب خاصة بالمرأة

١٠ - **القرن** : هو شيء يبرز فى فرج المرأة يشبه قرن الشاة تارة يكون عظماً فيعسر علاجه ، وأخرى يكون لحماً وهو الغالب فلا يعسر علاجه[١] .

١١ - **الرتق** : بفتح أوله وثانيه ، هو انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع ، إلا أنه إذا انسد بعظم لا يمكن معالجته ، أما إذا كان مسدوداً بلحم فيمكن علاجه[٢] .

١٢ - البخر : هو نتن الفرج[٣] .

١٣ - **العفل** : بفتح العين والفاء : لحم يبرز فى فرج المرأة يشبه إدرة الرجال ، ولا تسلم غالباً من رشح ، وقيل : هو رغوة فى الفرج تحدث عند الجماع[٤] .

١٤ - الإفضاء : هو عبارة عن اختلاط مسلكى الذكر والبول حتى يصيرا مسلكاً واحداً ، وقال البساطى : هو زوال الحاجز بين مسلك ومخرج الغائط[٥] .

١٥ - **الفتق** : انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المنى ، وقيل : ما بين القبل والدبر[٦] .

---

(١) الخرشى ٣ / ٢٣٧ ، والمغنى ٧ / ٥٨٠ .

(٢) الخرشى ٣ / ٢٣٧ والمغنى ٧ / ٥٨٠ .

(٣) نفسه ٣ / ٢٣٧ .

(٤) نفسه ٣ / ٢٣٧ .

(٥) الخرشى ٣ / ٢٣٧ .

(٦) المغنى ٧ / ٥٨١ .

الفصل الأول

فى الشريعة الإسلامية

أحكام العقود

في التشريع الإسلامي

أ ـ آراء الفقهاء فى التفريق بسبب العيوب والأمراض :

للفقهاء رأيان فى هذه المسألة ، هما :

الاول : لا يجوز لكل من الزوجين طلب التفريق بسبب أى مرض أو عيب يجده فى صاحبه مطلقاً ، سواء كان عيباً تناسلياً أو جلديا أو عقليا أو غير ذلك ، فى الرجل كان أو فى المرأة قديما كان أو حديثا إلى غير ذلك مما يتعلق به .

وهذا هو رأى الظاهرية ، وفى هذا يقول ابن حزم الظاهرى (ت :) : « لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ، ولا ببرص كذلك ولا بجنون كذلك ، ولا بأن يجد بها شيئاً من هذه العيوب ، ولا بأن تجده هى كذلك ، ولا بعنانة ولابداء فرج ولا بشيء من العيوب »[١] .

كما يقول فى موضع آخر : « ومن تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها سواء كان وطئها مرة أو مراراً ، أو لم يطأها قط ، فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرق بينهما أصلا ، ولا أن يؤجل له أجلاً وهى امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك »[٢] .

غير أنه مما تجدر الإشارة اليه أن ابن حزم ذكر أنه لو اشترط الزوج فى العقد سلامتها من العيوب ثم وجد بها عيبا ، يكون العقد مفسوخاً مردوداً لا خيار له فى إجارته ولا صداق فيه ولا ميراث ، ولا نفقة دخل بها أو لم يدخل ، لأن التى أدخلت عليه غير التى تزوج ، ولأن السالمة من العيوب غير المعيبة .

---

(١) المحلى ١٠٩/١٠ .

(٢) نفسه ٥٨/١٠ .

فإذا ما رغبا فى الزواج مع العيب فإن ذلك يكون بعقد جديد لا تشترط فيه السلامة[١] .

رأى الشوكاني : كذلك انتصر الشوكاني (ت : ١٢٥٥ هـ) لرأى ابن حزم الظاهرى ، حيث عقد فى كتابه « نيل الأوطار » بابا فى « رد المنكوحة بالعيب » ذكر فيه اختلاف الفقهاء فى تعيين العيوب التى يفسخ بها النكاح ، ثم عقب على هذا قائلا : « ومن أنعم النظر لم يجد فى الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء »[٢] .

رأى صديق خان : كذلك سلك هذا المسلك محمد بن صديق بن حسن خان الهندى (ت : ١٣٠٧ هـ) حيث قال فى الروضة الندية : « اعلم أن الذى ثبت بالضرورة الدينية أن عقد النكاح لازم تثبت به أحكام الزوجية من جواز الوطء ووجوب النفقة ونحوها وثبوت الميراث وسائر الأحكام . وثبت بالضرورة الدينية أن يكون الخروج منه بالطلاق والموت ، فمن زعم أنه يجوز الخروج من النكاح بسبب من الأسباب فعليه الدليل الصحيح المقتضى للانتقال عن ثبوته بالضرورة الدينية وما ذكروه من العيوب لم يأت فى الفسخ بها حجة نيرة ولم يثبت شيء منها »[٣] . هذا ولعله من المفيد هنا أن نشير إلى أن ما ذهب اليه ابن حزم وموافقوه بعدم جواز الفرقة بسبب العيب هو قول من يعتد بأقوالهم من السلف الصالح كعطاء والنخعى وعمر بن عبد العزيز وأبى زياد وأبى قلابة وابن أبى ليلى والاوزاعى والثورى والخطابى[٤] وابن مسعود ، وهو مذهب داود الظاهرى أيضا[٥] .

---

(١) المحلى ١٠ / ١١٥ .

(٢) نيل الأوطار ٦ / ١٥٧ والسيل الجرار ٢ / ٢٨٩ وما بعدها .

(٣) الروضة الندية ٢ / ٣٢ .

(٤) شرح فتح القدير ٤ / ٣٠٤ .

(٥) سبل السلام ٣ / ١٣٦ .

فمن هذه الآثار المروية عنه فى هذا الصدد[١] .

أ - قال على : « لا ترد النساء إلا من العيوب الأربعة : الجنون والجذام والبرص والداء فى الفرج ، فإن دخل بها كانت امرأته ولها المهر بما استحل من فرجها ، وهو إن شاء أمسكها ، وإن شاء طلقها » .

ب - قال : « يرد من القرن والجذام والجنون والبرص ، فإن دخل بها فعليه المهر ، إن شاء طلقها وإن شاء لم يطلقها ، وإن لم يدخل بها فرق بينهما .

جـ - تزوج رجل امرأة فوجدته خصياً وهى لا تعلم ، ففرق على بينهما .

د - تزوجت امرأة رجلا فوجدته عذيوطا فكرهته ففرق على بينهما .

هـ - قال على : يؤجل العنين سنة فإن أصابها ، وإلا فهى أحق بنفسها .

و - قال على فى رجل تزوج امرأة بها جذام أو جنون أو برص : إن لم يدخل بها فرق بينهما ، وإن كان دخل بها فهى امرأته إن شاء طلقها وإن شاء أمسك .

٣ - كذلك جوَّز ذلك الشعبى حيث قال فى الرجل الذى يجد امرأته برصاء أو مجنونة أو مجذومة أو ذات قرن إن دخل بها فلها مهرها وإن علم قبل الدخول إن شاء أمسك وإن شاء فارق بغير طلاق[٢] .

الرأى الراجح : وبعد أن وقفنا فيما سبق على موقف الفقهاء من التفريق بسبب العيب أو المرض ، فإننا نستطيع أن نقرر ونحن مطمئنون إلى أن الذى تميل إليه النفس هو رأى الجمهور القائل بجواز التفريق وهذا راجح للأسباب الآتية :

أولا : قال صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وإجبار الزوجة للبقاء فى حياة زوجية لا يمكن المقام معها إلا بضرر ظلم فادح لها ، ولذا فقد

---

(١) أنظر : موسوعة فقه على بن أبى طالب ص ٤٥٤ - ٢٥٦ ومصادرها .

(٢) المحلى ١٠ / ١١٠ .

وجب على القاضى - إذا طلبت الزوجة ذلك - أن يفرق بينها وبين زوجها دفعا لهذا الضرر ، ورفعاً لهذا الظلم الواقع عليها .

ثانياً : يقول تعالى « فإمساك بمعروف أوتسريح بإحسان » والإمساك بالمعروف غير متحقق هنا ، لأن فى إمساك الزوجة - على الرغم مما فى الزوج من عيوب لا يستطاع عشرته معها ، أوفيها تفويت لمقاصد النكاح إجحافا لحق المرأة وضرراً لها ، ومن ثم فقد وجب التسريح بإحسان كما أمرنا الله .

ثالثاً : إن إعطاء الزوجة الحق فى طلب التفريق بسبب عيوب زوجها يتمشى مع أصل من أصول الشريعة الإسلامية المقررة وهو أصل « سد الذرائع » حيث قد يؤدى اجبار الزوجة على المعيشة مع زوجها دون قضاء الوطر الجنسى إلى انخراطها فى طريق الرذيلة وارتكابها للفاحشة ، وذلك عن طريق بيع عرضها فى سوق المهانة ، ومن ثم فإن تسريحها بإحسان يعطى لها الفرصة لتلبية رغباتها عن طريق شرعى ، وبذلك نأخذ بيدها إلى ساحة الطهر وطريق الإستقامة وبهذا تحفظ الأنساب وتصان الأعراض .

رابعاً : إن القول بالتفريق بين الزوجين بسبب العيب أو المرض يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية وقواعدها السمحة كرفع الحرج » و « الدين يسر لا عسر » و « الضرر يزال » وغير ذلك مما تضمنته هذه الشريعة الغراء من مقاصد سامية .

ولذا فإننا لا نبالغ إذا قلنا بأن رأى ابن حزم القائل بعدم التفريق بين الزوجين بسبب العيب أو المرض يصطدم مع قواعد هذه الشريعة ، تلك القواعد التى تدعو إلى اليسر ورفع الحرج وما إلى ذلك .

ولعل الذى حدا بابن حزم إلى القول بهذا هو تمسكه بظواهر النصوص ، حيث خلا القرآن الكريم والسنة من نص صريح يدل على ذلك ولكن كما يقول أستاذنا الدكتور البلتاجى « صحيح أننا لا نجد نصوصا خاصة فى

الرأى الثانى : يرى أكثر الفقهاء[1] جواز التفريق بين الزوجين بسبب الأمراض والعيوب ، واستدلوا على ذلك بما يأتى :

أولاً : ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حيث روى جميل بن زيد قال : حدثنى شيخ من الأنصار ، ذكر أنه كانت له صحبة يقال له كعب بن زيد ، أو زيد ابن كعب ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بنى غفار ، فلما دخل عليها فوضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها[2] بياضاً ، فانحاز عن الفراش ثم قال : خذى عليك ثيابك ، ولم يأخذ مما آتاها شيئاً »[3] وفى رواية أخرى « فردها إلى أهلها وقال : دلستم علىّ »[4] .

كذلك صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : فر من المجذوم فرارك من الأسد »[5] .

---

(١) انظر على سبيل المثال : فى الفقه المالكى : بداية المجتهد ٥٠/٢ ، والخرشى ٢٣٥/٣ .
وفى الفقه الحنبلى : المغنى ٥٨٠/٧ وما بعدها .
وفى الفقه الشافعى : مغنى المحتاج ٢٠٢/٣ .
وفى الفقه الحنفى : شرح فتح القدير ٢٩٧/٤ وما بعدها .
وفى الفقه الزيدى : البحر الزخار ٣ / ٦٠ وما بعدها .
وفى الفقه الجعفرى : المختصر النافع ص ١٨٦ ـ ١٨٧ .
وفى الفقه الإباضى : شرح النيل ٣٨٦/٦ وما بعدها .

(٢) الكشح : هو ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفى ، انظر لسان العرب ٣٨٨٠/٥ .

(٣) انظر : نيل الأوطار ١٥٦/٦ .

(٤) انظر : سبل السلام ١٣٥/٣ .

(٥) حديث رواه البخارى عن أبى هريرة قال صلى الله عليه وسلم « لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر ، وفر من المجذوم فرارك من الأسد » . البخارى كتاب الطب باب الجذام ٩/٤ ، وشرح فتح القدير ٣٠٤/٤

ثانياً : الآثار الواردة عن الصحابة والتابعين ، فلقد :

١ - كان عمر بن الخطاب يجّوّز فسخ النكاح بسبب العيوب ، ومن هذه الآثار :[١]

أ - قال عمر بن الخطاب : أيما امرأة تزوجت وبها جنون أو جذام أو برص فدخل بها فاطلع على ذلك فله مهرها بمسيسه إياها وعلى الولى الصداق بما دلّس به غيره .

ب - وفى مصنف أبى شيبة وغيره أن عمر أجل العنين سنة فإن استطاعها ، وإلا فرق بينهما ولها المهر كاملا وعليه العدة .

جـ - وعن سليمان بن يسار أن سندر تزوج امرأة وهو خصى فقال له عمر : أعلمتها ؟ قال : لا ، قال : أعلمها ثم خيرها .

د - كذلك رفع اليه خصى تزوج امرأة ولم يعلمها ففرق بينهما .

هـ - كذلك أجل عمر رضى الله عنه مجنونا سنة ، فإن أفاق وإلا فرق بينه وبين امرأته .

و - عن أنس بن مالك أن عمر بعث رجلاً على بعض السقاية فتزوج امرأة وكان عقيما ، فقال له عمر : أعلمتها أنك عقيم ؟ قال : لا ؟ قال : فانطلق فأعلمها ثم خيرها .

ز - قال عمر إذا تزوج الرجل المرأة وبها جنون أو جذام أو برص أو قرن ، فإن كان دخل بها فلها الصداق بمسه إياها وهو له على الولى .

٢ - كذلك سلك على مسلك التفريق بين الزوجين بسبب العيوب والأمراض ،

---

(١) انظر هذه الآثار فى : موسوعة فقه عمر بن الخطاب ص ١١ : ١٩ ومراجعه .

القرآن أو السنة تنص بصورة مفصلة على أن للقاضى أن يفرق بين الزوجين للعيوب السابقة . لكننا نرجع فى ذلك إلى قوله تعالى : « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وهو مقرر إسلامى عام فى الزواج تآزرت على الدلالة عليه نصوص كثيرة . ولا يمكن أن يكون الزواج مع الاجبار على معايشة شيء من العيوب السابقة من الإمساك بمعروف . كيف ومقاصد النكاح تفوت ؟ كيف وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخلع عند مجرد أن تقول المرأة للرجل إنى أكرهك وأخاف ألا أؤدى اليك حقوقك ؟ والاجبار على معايشة هذه العيوب تؤدى إلى ما هو أكثر من ذلك »[١].

خامساً : إن هذا الرأى يتفق أيضا مع حكمة مشروعية الزواج . إذ شرع الله سبحانه وتعالى الزواج لحكم جليلة منها أن الزواج راحة للنفس وسكن لها وامن لها . وهذا لا يتحقق إلا فى ظل حياة زوجية سعيدة خالية من الامراض والعيوب . يقول الغزالى : « فيه – أى فى الزواج – راحة للقلب وتقوية له على العبادة . فإن النفس ملول . وهى عن الحق نفور . لأنه على خلاف طبعها . فلو كلفت المداومة بالإكراه على ما يخالفها جمحت وثارت . وإذا روحت باللذات فى بعض الأوقات قويت ونشطت . وفى الاستئناس بالنساء من الراحة ما يزيل الكرب ويروح عن القلب . وينبغى أن يكون لنفوس المتقين استراحات بالمباحات »[٢] .

إذ كيف يتحقق التمازج النفسى الذى عبر الله سبحانه وتعالى عنه بقوله « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » فى ظل حياة زوجية منغصة لا تستطيع المرأة البقاء فيها إلا بضرر .

---

(١) فى أحكام الأسرة ١ / ٤٤٣ .

(٢) إحياء علوم الدين ٢ / ٣٠ .

سادساً : إذا كان الفقهاء قد أعطوا للزوجة حق طلب التفريق بسبب غيبة زوجها [1] – مع تفاوت بينهم فى تقدير تلك المدة – دفعا للضرر الواقع عليها . فإنه من الأولى إعطاؤها حق طلب التفريق فى هذه الحالة ، لأن الضرر الواقع عليها بسبب مرض زوجها أو عيبه أشد من الضرر الواقع عليها بسبب غيابه ، لأن ضرر الغياب مؤقت فهو يزول بعودة الزوج ، أما ضرر المرض أو العيب فهو مؤيد ، إذ لا يزول إلا بالموت .

سابعاً : لقد شرع الإسلام الخلع فقال تعالى « إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله . فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » (٢٢٩ : البقرة) .

وقد قيل فى تفسير الخوف من عدم إقامة حدود الله : إذا استمر الزواج : أن تقول الزوجة لزوجها : إنى أكرهك ولا أحبك وحينئذ يشرع الخلع بينهما على ما يتفقان عليه .

هذا وإن إجبار الزوجة على البقاء فى تلك الحياة الزوجية التعسة يؤدى إلى ما هو أكثر من ذلك .

ب – من يثبت له حق طلب التفريق ؟

يثبت حق طلب التفريق للعيب عند الحنفية للزوجة فقط دون الزوج ، لأن الزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق أما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بإعطائها الحق فى طلب التفريق ، لأنها لا تملك الطلاق ، وفى هذا يقول صاحب الهداية : « وقال محمد رحمه الله : لها الخيار ، دفعاللضرر عنها كما فى الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من

---

(١) راجع كتابنا : زوجة الغائب دراسة مقارنة ، ص

دفع الضرر بالطلاق »[١] . وفى الجانب المقابل اتفق جمهور الفقهاء على ثبوت حق طلب التفريق لكل من الزوجين . فللرجل الحق فى طلب التفريق من القاضى إذا وجد فى زوجته عيباً ، وكذلك للمرأة الحق أيضاً في أن تطلب من القاضى التفريق إذا وجدت فى زوجها عيباً ، وذلك لأن كلاً منهما يتضرر بهذه العيوب .

المذهب الحنبلى : يقول صاحب الشرح الكبير : « خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده فى صاحبه فى الجملة . روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس وبه قال النخعى والثورى واسحق »[٢] كذلك يقول ابن القيم (ت : ٧٥١ هـ) : « كل عيب يكون بأحد الزوجين ينفر الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح يوجب الخيار »[٣] .

المذهب الشافعي : يقول صاحب « مغنى المحتاج » : « وجد أحد الزوجين بالآخر جنونا أو جذاما أو برصا أو وجدها رتقاء أو قرناء أو وجدته عنينا أو مجبوبا ثبت الخيار فى فسخ النكاح »[٤] .

المذهب المالكى : يقول الخرشى : « إن العيب الذى يوجب الخيار لأحد الزوجين على صاحبه شرطه أن يكون موجودا عند العقد أو قبله »[٥] . كما يقول صاحب « بغية السالك إلى أقرب المسالك » : « الخيار للزوجين إن لم يسبق علم ولم يرض .. »[٦] .

---

(١) فتح القدير ٤/٣٠٥

(٢) المغنى والشرح الكبير ٥٦٦/٧

(٣) زاد المعاد ٤/٣١

(٤) مغنى المحتاج ٢٠٢/٣

(٥) الخرشى ٢٣٥/٣

(٦) بغية السالك ٣٠٢/١ ٣٠٨

تعقيب وترجيح :

إن الخلاف فى ثبوت حق التفريق بالعيب للزوجين أو للزوجة فقط يظهر أثره واضحا فى الآثار الناجمة عن هذه الفرقة . فإن اللجوء إلى الطلاق - على رأى الأحناف - يؤدى إلى إلزام الرجل بكل المهر بعد الدخول . ونصفه قبل الدخول . قال تعالى : « أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا » (٢١ - ٢٢ : النساء) .

وقال أيضا : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » (٢٣٧ : البقرة) .

أما التفريق بسبب العيب - وهو رأى الجمهور - يعفى الرجل من نصف المهر قبل الدخول . وبعد الدخول لها المسمى بالاتفاق .

لكن يرجع الزوج عند المالكية والحنابلة والشافعية بالمهر بعد الدخول على ولى الزوجة كالأب والأخ لتدليسه بكتمان العيب . ولا سكنى ولا نفقة[١] .

وفى رأيى إن ما ذهب إليه الأحناف شىء له وجاهته . لأن إعطاء الرجل حق التفريق بسبب عيوب زوجته ربما يؤديه ذلك ويدفعه إلى التشهير بها . وهذا مخالف لديننا الحنيف ولذا فالأولى فى نظرى أن نستتر على هذه العيوب . حفاظا على سمعة المرأة وكرامتها . وهذا لا يتأتى إلا بالأخذ برأى الأحناف يقول تعالى : « ولا يغتب بعضكم بعضا أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه واتقوا الله إن الله تواب رحيم »[٢] .

---

(١) انظر : الفقه الإسلامي وأدلته ٧ : ٥١٦ - ٥١٧ ومراجعه .

(٢) الحجرات ١٢ .

ويقول صلى الله عليه وسلم : « من ستر مسلما ستره الله يوم القيامة »[١] . كما يقول أيضاً :« أتدرون ما الغيبة ؟ قالوا : الله ورسوله أعلم قال : ذكرك أخاك بما يكره . قيل : أفرأيت إن كان فى أخى ما أقول ؟ قال : إن كان فيه ما تقول فقد اغتبته ، وإن لم يكن فيه ما تقول فقد بهته »[٢]

جـ - العيوب التى تجيز التفريق :

إذا كان ثمة اتفاق بين أكثر الفقهاء فى جواز طلب التفريق بسبب المرض أو العيب ، فإن ثمة اختلافاً بينهم فى تحديد العيوب التى تصلح لأن تكون سبباً للتفريق وذلك على النحو التالى :

الأحناف : ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن للزوجة الحق فى طلب التطليق إذا وجدت فى زوجها عيباً من العيوب التناسلية الثلاثة وهى : الجب ، والعنة ، والخصاء ، وذلك لان هذه العيوب ينتفى معها المقصود الأصلى من الزواج ، كما أنها عيوب غير قابلة للزوال بحال ، ولا مخلص للزوجة للتضرر منها إلا بطلب الفرقة وإمساك الزوج لها مع هذا ليس من الإمساك بالمعروف الذى أمر به الشارع فيفرق القاضى بينهما بناء علي طلبها لرفع الضرر والظلم عنها ، أما غير ذلك من العيوب ، وكذا غير ذلك من الأسباب فإنه لا يجوز طلب التطليق من أجلها ، لأنها أمور قابلة للزوال والتبدل والتغير ولا يفوت حق الزوجة المستحق بالعقد وهو الوطء ، أما تلك العيوب التناسلية الأصلية فيه ، فإنها تفوت عليها هذا الحق[٣] .

هذا عن رأى الشيخين ، أما الإمام محمد بن الحسن فقد اعتبر كل عيب لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر يجيز لها طلب التفريق ، وذلك

---

(١) جزء من حديث طويل متفق عليه . رياض الصالحين ١/١٥٥ .

(٢) / انظر المسند لأحمد بن حنبل ٢/٣٨٤ ، ٣٨٦ ورياض الصالحين ٢٢٧٢ .

(٣) أحكام الأسرة د . سلام مدكور ٢/١٩٦ - ١٩٧ .

دون أن يقصر هذه العيوب على عيوب معينة دون غيرها .

يقول صاحب الهداية « وإذا كان بالزوج جنون أو برص أوجذام فلا خيار لها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله - لها الخيار ، دفعا للضرر عنها كما فى الجب والعنة بخلاف جانبه ، لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق »[1].

كما يقول الكاسانى : « وقال محمد : خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص ، شرط لزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح ، وخلوه عما سوى ذلك ليس بشرط »[2] .

هكذا اتفق الأحناف على أنه لا خيار للزوج فى فسخ الزواج بسبب عيوب الزوجة مطلقاً . ولكنهم اختلفوا فى الخيار لعيوب الزوج فعلى حين قصر الشيخان - أبو حنيفة وأبو يوسف - العيوب التى تجيز التفريق على العيوب التناسلية الثلاثة : الجب والعنة والخصاء . نجد الإمام محمد بن الحسن أضاف إليها كل العيوب الأخرى التى من شأنها إلحاق الضرر بالمرأة .

هذا ويوجه صاحب الهداية رأى الشيخين بقوله : « ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج ، وإنما يثبت فى الجب والخصاء والعنة لأنها تخل بمقصود النكاح لأجل الوطء ، وهذه العيوب : الجنون والجذام والبرص غير مخلة فافترقا »[3] .

كذلك يوجه الكاسانى رأى محمد بقوله « وجه قول محمد أن الخيار فى العيوب التناسلية المذكورة ثبت لدفع الضرر عن المرأة وهذه العيوب فى

---

(١) فتح القدير ٤/٣٠٥ .

(٢) البدائع ٢ / ٣٢٧ .

(٣) فتح القدير ٤ / ٣٠٥ .

إلحاق الضرر بها فوق تلك ، لأنها من الأدوات المتعددة عادة »[١] .

بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه أن الكاسانى قد قاس فى بدائعه : المؤخذ والخنثى على العيوب التناسلية الثلاثة التى قال بها الشيخان ، فقال ما نصه : « والمؤخذ والخصى مثل العنين وكذلك الخنثى » .

ثم قال « وأما خلو الزوج عما سوى هذه العيوب الخمسة من : الجب والعنة والتأخيذ والخصاء والخنوثة ، فقال الشيخان : ليس بشرط »[٢] .

هكذا نفهم من هذا النص - كما فهم غيرنا - أن العيوب التى يجب للزوم عقد الزواج للمرأة - أن يكون الرجل خاليا منها عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، هى خمسة عيوب : الجب والعنة والخصاء والتأخيذ والخنوثة[٣] .

المالكية : يفسخ النكاح عند المالكية بثلاثة عشر عيباً موزعة على النحو التالى[٤] :

١ - عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة ، وهى أربعة : الجنون والجذام والبرص والعذيوطة .

٢ - عيوب خاصة بالرجل ، وهى أربعة : الخصاء والجب والعنة والاعتراض .

٣ - عيوب خاصة بالمرأة ، وهى خمسة : القرن والرتق والبخر والعفل والافضاء .

هذه هى العيوب المنصوص عليها والتى تصلح سبباً للتفريق عند

---

(١) البدائع ٢ / ٣٢٧ - ٣٢٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٢ / ٣٢٧ .

(٣) الاحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية د . محمد محى الدين عبد الحميد ص ٣١٢ .

(٤) الخرشى ٢ / ٢٣٦ ما بعدها .

المالكية سواء كانت بالرجل أو بالمرأة .

بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه أن المالكية أثبتوا أيضاً الخيار للزوج بغير هذه العيوب المذكورة إن شرط السلامة فى العقد ، وذلك كالسواد والقرع والاستحاضة وبخر الفم والعمى والعور والعرج والشلل وغير ذلك مما يعد عيبا عرفا ، فإن لم يشترط السلامة فى العقد فلا خيار فى هذه العيوب[١] .

الشافعية : يفسخ النكاح عند الشافعية بعيوب سبعة هى[٢] :

١ - عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة وهى ثلاثة : الجنون والجذام والبرص .

٢ - عيوب خاصة بالرجل ، وهما اثنان : الجب والعنة .

٣ - عيوب خاصة بالمرأة ، وهما اثنان : الرتق والقرن .

هذه العيوب هى التى يفسخ بها عقد النكاح عند الشافعية ، أما غير هذه العيوب فلا يفرق بها ، وفى هذا يقول صاحب « مغنى المحتاج » ما نصه : واقتصار المصنف على ما ذكر من العيوب - إلى السبعة - يقتضى أنه لا خيار فيما عداها ، قال فى الروضة : وهو الصحيح الذى قطع به الجمهور فلا خيار بالبخر والصنان والاستحاضة والقروح السيالة والعمى والزمانة والبله والخصاء والإفضاء ولا بكونه يتغوط عند الجماع »[٣] . كذلك قال الشافعى فى الأم « ولو تزوج الرجل المرأة على أنها جميلة شابة موسرة تامة بكر فوجدها عجوا ، قبيحة ، معدمة ، قطعاء ، ثيباً أو عمياء فلا خيار له ، وقد ظلم من شرط هذا لنفسه ، وليس النكاح كالبيع ، فلا خيار فى النكاح من عيب يخص المرأة فى بدنها ، ولا خيار فى النكاح عندنا إلا فى

---

(١) الخرشى ٣ / ٢٣٨ وحاشية الدسوقى ٢ / ٢٨٠ .

(٢) مغنى المحتاج ٣ / ٢٠٢ .

(٣) نفسه ٣ / ٢٠٣ .

خمسة : الرتق والقرن إذا تعذر معهما الجماع ، والجذام والبرص ، والجنون [١] .

الحنابلة : ذكر ابن قدامة أن العيوب عندهم ثمانية هي[٢] :

١ - عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة ، وهي ثلاثةالجنون والجذام والبرص .

٢ - عيوب خاصة بالرجل ، وهما اثنان : الجب والعنة .

٣ - عيوب خاصة بالمرأة ، وهي ثلاثة : الفتق والقرن والعفل . هذه هي العيوب التي يثبت الخيار فيها بالتفريق عند الحنابلة دون غيرها من العيوب الاخرى .

وهذا هو ما أكد عليه ابن قدامة بقوله ، إنه لا يثبت الخيار بغير ما ذكرنا » . لأنه لا يمنع من الاستمتاع بالمعقود عليه ولا يخشى تعديه ، فلم **ينفسخ به النكاح كالعمى والعرج** »[٣] غير أن القاضي أبا يعلى جعل القرن والعفل شيئا واحدا ، فتكون العيوب عندهم سبعة لا ثمانية[٤] .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فقد زاد بعض فقهاء الحنابلة عيوبا أخرى غير المذكورة ، فقد أضاف أبو بكر وأبو حفص استطلاق البطن وسلس البول ، وقال أبو الخطاب : ويتخرج على من به الباسور والناسور والقروح السيالة في الفرج ، لأنها تثير نفرة وتتعدى نجاستها . وقال أبو حفص : الخصاء عيب لأن فيه نقصا وعارا ويمنع الوطء أو يضعفه ، وفي البخر والخناثة وجهان »[٥] .

---

(١) [illegible] ١٥ .

(٢) المغني ١ / ٥٨٠ .

(٣) المغني ٧ / ٥٨٣ .

(٤) نفسه ٧ / ٥٨٠ .

(٥) [illegible]

رأى ابن تيمية الحنبلى :

لقد أطلق ابن تيمية الحنبلى التفريق بالعيب دون تقييد أو تحديد بعيوب معينة ، وفى هذا يقول : « وترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع »[١] .

رأى تلميذه بن القيم : كذلك سلك هذا المسلك ابن القيم ، حيث عقب على ما ذكره بعض فقهاء الحنابلة من أن الإمام أحمد قصر العيوب على ثلاثة أو خمسة فقط ، فقال ما نصه . « وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة دون ما هو أولى منها أو مساو لها ، فلا وجه له فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما ، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين ، والإطلاق فى العقد إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفاً ، وقد قال عمر لمن تزوج امرأة وهو لا يولد : أخبرها أنك عقيم وخيرها ، فماذا يقول رضى الله عنه فى العيوب التى هذا - أى العقم - عندها - أى عند تلك العيوب - كمال بلا نقصان ، والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار »[٢] .

ثم قال أيضاً : « ومن تدبر مقاصد الشرع فى مصادره وموارده وعدله وحكمته وما يشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة »[٣] .

هذا وإن الإنصاف يقتضينا أن نشير هنا إلى أن هذا التعميم الواسع الذى

---

(١) الاختيارات العلمية ص ١٣١ .

(٢) زاد المعاد ٤ / ٣٠ - ٣١ .

(٣) نفسه .

ذهب إليه ابن تيميه وتابعه عليه ابن القيم ، هو قول بعض السلف الصالح ممن يعتد برأيهم كالثورى والزهرى وشريح وابى ثور وغيرهم[١] .

قال الإمام الزهرى : « يرد النكاح من كل داء عضال[٢] »

الإباضية : يفسخ النكاح عند الإباضية بالعيوب التالية[٣] :

(أ) عيوب مشتركة بين الزوجين : الجنون والجذام والبرص الفاحش .

(ب) عيوب خاصة بالرجل : العنـة .

(جـ) عيوب خاصة بالمرأة : العفل والفتل والرتق .

الإمامية : قسم الإمامية العيوب إلى قسمين هما[٤] :

- عيوب الرجل وهى أربعة : الجنون والخصاء والعنة والجب .

- الزوجة وهي سبعة : الجنون والجذام والبرص والقرن والإفضاء والغمى والإقعاد .

الزيدية : لقد توسع الزيدية فى ذكر العيوب التى يجوز التفريق بسببها ، فهى عندهم ليست محصورة فى عيوب معينة وفى هذا يقول صاحب **البحر الزخار** ما نصه : « لا حصر بل كل ما نفر فعيب[٥] .

---

(١) المحلى ١٠/ ١١٢ وفتح القدير ٤/ ٣٠٤ .

(٢) نفسه ١٠/ ١١٢

(٣) انظر : شرح كتاب النيل وشفاء العليل ٣٨٦/٦ وما بعدها

(٤) انظر : المختصر النافع فى فقه الإمامية ص ١٨٦ وما بعدها ، وفقه الإمام جعفر الصادق ص ٥/ ٢٥٧ - ٢٦٨ .

(٥) البحر الزخار ٦١/٣ .

المناقشة والترجيح

مما سبق يتضح لنا أن ثمة ثلاثة اتجاهات عند الفقهاء فى تحديد العيوب التى تجيز التفريق بين الزوجين ، وهى :

الأول : التضييق والتقييد : أى تضييق نطاق التفريق بسبب العيوب والأمراض ، وهو اتجاه الأحناف وبخاصة أبو حنيفة وأبو يوسف .

الثانى : التوسعة والتعميم ، أى التوسع فى العيوب التى تجيز التفريق بين الزوجين ، وهذا الرأى هو رأى الزيدية وابن تيمية وتلميذه ابن القيم وبعض من فقهاء السلف الصالح .

الثالث : الوسط بين الاتجاهين السابقين ، وهو مسلك جمهور الفقهاء وفى رأيى أنه يجب علينا عند تحديد العيوب أو الأمراض التى تجيز التفريق بين الزوجين أن نراعى شيئين :

الأول : مكانة عقدالزواج وامتيازه على غيره من العقود المتعلقة بالمال من بيع وهبة وإجارة وغير ذلك ، ذلك العقد الذى جعله الله ميثاقاً غليظا [١] ، ولذا فالأوْلى المحافظة على هذا العقد والحرص على بقائه ، فلا نخدشه إلا فى الحالات القصوى التى تكون فيها الحياة الزوجية متعذرة جداً ، وما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤيد ذلك ، حيث أوضح فى غير حديث أن الطلاق وإن كان حلالا إلا أنه مبغوض عند الله تعالى ، وذلك لما فيه من قطع للوشائج وتشريد للأطفال ، وتفكيك للوحدة الأولى التى يتكون منها المجتمع وهى الأسرة .

---

(١) يقول تعالى : « وأخذن منكم ميثاقا غليظا » (٢١ : النساء)

يقول النبى ﷺ: « ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق »[١] .

كما يقول أيضاً : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق »[٢] .

الثانى : سمعة الزوجين والحفاظ عليها دون التشهير بها ، وبخاصة سمعة المرأة .

على ضوء ما سبق فإن الأقرب إلى الصواب والارجح فى نظرى أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين بسبب العيب أو المرض إلا فى نوعين من العيوب أو الأمراض الخاصة بالرجل وحده دون المرأة وهذا النوعان هما :

١ - عيوب أو أمراض تناسلية التى لا يتحقق معها المقصود الأصلى من الزواج وهو العفة والتناسل ، وذلك كالجب والعنة والخصاء وغير ذلك .

٢ - العيوب أو الأمراض المؤذية المنفرة التى لا يرجى البرء منها أو يكون ذلك ممكناً بعد زمن طويل لا تدوم معه الحياة الزوجية إلا بضرر كبير وذلك كالجذام والجنون والبرص .

هذه هى العيب التى تصلح فى نظرى أن تكون سبباً للفرقة بين الزوجين والتى يحق للمرأة فيها رفع أمرها للقاضى طلباً للتفريق .

أما غير هذه العيوب تناسلية كانت أم جلدية أم غير ذلك فإنه لاي جوز طلب التفريق بسببها ، وخير طريق للتفريق هنا فى نظرى أن يلجأ الرجل إلى الطلاق ، وتلجأ المرأة إلى الخلع وفى كلتا الطريقتين خير سبيل لإنهاء الرابطة الزوجية المقدسة وذلك حفاظا على سمعتهما ومكانتهما فى المجتمع .

---

(١) رواه ابو داود فى كتاب (الطلاق) باب (كراهية الطلاق) ٢ / ٢٥٤ - ٢٥٥ .

(٢) رواه أبو داود فى كتاب (الطلاق)) باب (كراهية الطلاق) ٢ / ٢٥٥ وكذلك رواه ابن ماجة فى كتاب الطلاق ١ / ٦٥٠ .

إن هذا الرأى فى نظرى له وجاهته . لأن الإسلام إذا كان قد أعطى للزوج حق الطلاق من زوجته التى يكرهها ولا يطيق الحياة معها فإنه فى الجانب المقابل أعطى الزوجة - إنصافا وعدلا - حق الأنفصال عن زوجها الذى تكرهه ولا تطيق الحياة معه . وذلك عن طريق المخالعة التى أمرها الله بها .

ولذا فالأولى فى نظرى للزوجة المريضة أو المعيبة أن تتخلص من زوجها الذى يكرهها . وتعوضه عما أن أنفقه عليها من تكاليف الزواج فهذا الطريق أفضل من أن يرفع الزوج أمرها إلى القاضى طالبًا التفريق بسبب عيب زوجته أو مرضها . وبهذا ينتشر هذا العيب أو المرض داخل قاعات المحاكم . فيفتضح أمرها ويذاع عيبها . وبذلك لا تسلم من الطعن من قالة السوء والنفاق الذى لا يخلو منهم عصر من العصور .

كذلك . وفى الجانب المقابل . إذا كان الطلاق بيد الرجل كما قال النبي ﷺ « الطلاق لمن أخذ بالساق » فالأولى إذا كان الزوج مريضًا أو معيبا أن يطلق زوجته قبل أن ترفع أمره إلى القاضى طالبة هذا التفريق . وبذلك يحافظ الزوح على مكانته الأجتماعية بين أهله وعشيرته .

وأخيرا . فإن كان هذا هو الرأى الراجح فى نظرنا ، فإنه مما تجدر الأشارة إليه أن ما ذهب إليه بعض الفقهاء تعوزه الدقة العلمية ، حيث جوز بعضهم طلب التفريق بين الزوجين بسبب بعض الأمراض الخفيفة غير المنفرة كنتن رائحة الفم أو بعض الأمراض التي يمكن معالجتها كالباسور والناسور وسلس البول وغير ذلك . هذا فى نظرى بعيد عن روح التشريع ومقاصده .

د - علة الفسخ بسبب العيوب عند الفقهاء

لقد وضع الفقهاء أيديهم على العلة التى توجب الفسخ بسبب المرض أو

العيب ، وذلك كما نرى فى النصوص التالية :

العلة عند المالكية : قال الخرشى : « إن تلك العيوب مما تعافها النفوس وتنقص الأستمتاع ، أو لأنها تسرى إلى الولد ، أو لأن الجذام أو الجنون شديد لا يستطاع الصبر عليه » والبرص وعيب الفرج مما يخفى »[١] .

كما يقول ابن رشد « واختلف أصحاب مالك فى العلة التى من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة : فقيل لأن ذلك شرع غير معلل ، وقيل لأن ذلك مما يخفى ، ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى وقيل لأنها يخاف سرايتها إلى الأبناء ، وعلى هذا التعليل يرد بالسود والقرع ، وعلى الأول يرد بكل عيب إذا علم أنه مما خفى على الزوج »[٢] .

العلة عند الأحناف : يقول الكسانى : « إن الخيار في العيوب التناسلية المذكورة ثبت لدفع الضرر عن المرأة »[٣] .

كما يقول صاحب الهداية : « وإنما يثبت – أى الخيار – فى الجب والخصاء والعنة لأنها تخل بمقصود النكاح وهو الوطء »[٤] .

العلة عند الشافعية : يقول صاحب « مغنى المحتاج » : « قال الشافعى فى الأم : الجذام والبرص ، فإنه : أى كلا منهما يعدى الزوج ويعدى الولد » وقال في موضع آخر : الجذام والبرص مما يزعم أهل الطب والتجارب أنه يعدى كثيراً وهو مانع للجماع ، لا تكاد نفس أحد أن تطيب

---

(١) الخرشى ٣ / ٢٣٨ .

(٢) بداية المجتهد ٢ / ٥١ .

(٣) بدائع الصنائع ٢ / ٣٢٨ .

(٤) فتح القدير ٤ / ٣٠٢ .

أن يجامع من هو به ، والولد ما يسلم منه ، فإن سلم أدرك نسله »[١] .

كذلك فطن إلى علة أخرى ، نفهم ذلك عند سرده لبعض العيوب التى لا تجيز التفريق عندهم كالاستحاضة والقروح السيالة والعمى والزمانة والبله .. ثم عقب عليها معللاً ذلك بقوله : « لأن هذه الأمور - أى هذه العيوب - لا تفوت مقصود النكاح بخلاف نظيره »[٢] .

العلة عند الحنابلة :

يعلل ابن قدامة العيوب التى توجب الفسخ بقوله : « إنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع بالمقصود بالنكاح ، فإن الجذام والبرص يثيران نفرة فى النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمتنع الاستمتاع والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معه الوطء ، والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته ، وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة »[٣] . كذلك قال صاحب الشرح الكبير . « فأما العمى والزمانة ونحوهما فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها ، فإن قيل : فالجذام والجنون والبرص لا يمنع الوطء . قلنا بل يمنعه ، فإن ذلك يوجب نفرة تمنع من قربانه بالكلية ، ويخاف منه التعدى إلى نفسه ونسله والمجنون يخاف منه الجناية فصار كالمانع الحسى » الشرح ٧ /٥٦٧ .

كذلك يقول ابن القيم : « والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار »[٤] .

---

(١) مغنى المحتاج ٣ / ٢

(٢) نفسه ٣ / ٢٠٣

(٣) لمغنى ٧ / ٥٨١

(٤) زاد الميعاد ٤ / ٣٠

العلة عند الشيعة : لقد صاحب البحر البحر الزخار أن علة التفريق بين الزوجين بسبب هذه الأمراض والعيوب ترجع إلى منعها من مقصود النكاح . فضلاً على أن بعضها مما تعاف معه العشرة كالجذام[1] .

- هل يجوز التفريق بسبب العقم ؟

إذا كانت العلة التى توجب الفسخ عند الفقهاء - كما أشرنا - بسبب العيب أو المرض هى تفويت مقاصد النكاح ، وإلحاق الضرر بأحد الزوجين ، فإننا نحن إذا أمعنا النظر فى تلك المسألة فإننا نجد أن هذه العلة متحققة فى العقم ، حيث إنما تمنع أحد الزوجين من التوالد والتناسل ، وبذلك تفوت عليه مقصودًا أصلياً من مقاصد النكاح ، فضلاً عن أن الحياة الزوجية لا يستطاع عشرتها معه - أى مع العقم - إلا بضرر كبير قد لا يطيق الطرف الآخر احتماله .

ومن ثم فإن العقم يصلح فى نظرى أن يكون عيباً يجوز الفرقة بسببه بين الزوجين ، وهذا هو ما فطن إليه ابن القيم ، حيث نص على ذلك واستدل بما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه - عندما بعث رجلاً على بعض السقاية فتزوج امرأة ، وكان عقيماً ، فقال له عمر : أعلمتها أنك عقيم ؟ قال : لا . قال : فانطلق فأعلمها ثم خيرها »[2] .

ويؤيد هذا فى نظرى أيضاً ما روى عن النبى ﷺ ، فعن معقل ابن يسار أن رجلاً جاء إلى النبى ﷺ فقال : إنى أصبت امرأة ذات حسن وجمال وحسب ومنصب ومال وأنها لا تلد ، أفأتزوجها ؟ فقال : لا ، ثم أتاه الثانية فنهاه ، ثم أتاه الثالثة فقال : تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم »[3] .

---

(١) البحر الزخار ٣ / ٦٠ .

(٢) زاد المعاد ٤ / ٣١ .

(٣) رواه أبو داود فى كتاب « النكاح » باب (النهى عن تزويج من لم يلد من النساء) ٢ / ٢٢٠ .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن العقم يعد فى رأيى أيضاً عيباً يصلح للفرقة عند كل من جوز - وإن لم يصرحوا بذلك - التفريق بسبب العيوب أو الأمراض ، وهم أكثر الفقهاء كما أوضحنا فيما سبق ، وذلك لأن العلة الموجبة للفسخ بسبب العيوب أو الأمراض متحققة فيه كما أشرنا .

وإلى هذا المعنى فطن المرحوم الدكتور سلام مدكور حيث قال ونحن نرى أن التفريق بسبب العقم ينبغى أن يكون مذهب كل من قال : إن كل ما لا يمكن للزوجة أو الزوجين المقام معه إلا بضرر فالعقم يدخل فى هذا أيضا يؤيد ذلك قولهم للعيوب التى يفوت بها مقاصد النكاح فالتناسل من أهم هذه المقاصد وإذا ما نظرنا إلى ما قاله الشيخان من الحنفية حينما قصروا أسباب التفريق على ما نقلنا عنهم ، وعلى ما عللوا به من أنه يفوت الوطء المستحق ، والوطء الأصل فى القصد إليه بغية التناسل ، وإن لم يكن هو المقصد الوحيد منه والعقم ينافى ذلك ، فيفوت به أهم مقاصد العقد .. وكان الحنفية .. وهم أهل رأى ونظر ومنهجم قائم على التعمق فى التعرف على العلل - أحق بأن يصرحوا أو يتسع كلامهم لاعتبار العقم عيبا - يجيز التفريق ولو بناء على طلب الزوجة »[1] . ومن ثم فإننى لا أجد مبرراً لما ذهب إليه المالكية - وهم من القائلين بجواز التفريق للعيوب - حيث نصوا على أن العقم[2] لا يعد عيباً مسوغا للفرقة بين الزوجين .

هب أنه يمكن للحياة الزوجية أن تستقيم إذا كانت الزوجة عقيمة لأن الزوج - فى هذه الحالة - يمكن أن يطلقها ، أو يتزوج عليها واحدة أخرى ، ولكن لا يمكن فى نظرى أستقامة هذه الحياة إذا كان الزوج فى . هذه الحالة عقيما والمرأة ليست كذلك ، فمن الذى يتصور أن هذه الزوجة

---

(١) أحكام الاسرة ٢ / ١٩٨ - ١٩٩ .

(٢) الخرشى ٣ / ٢٣٦ وحاشية الدسوقى ٢ / ٢٧٨ .

يمكن أن تعطى لزوجها العقيم الدفء والحنان والمودة بلا ضرر وهى محرومة من عاطفة الأمومة ، تلك العاطفة التى تعتبر أغلى شئ عند المرأة :

و - **نوع الفرقة :** للفقهاء فى نوع الفرقة بسبب العيب رأيان :

الأول : إنها فسخ ، وهذا هو قول الشافعى وأحمد ، لأن كل فرقة لم يوقعها الزوج تكون فسخا ، لأن الطلاق لابد فيه من إرادة الرجل . إذ جاء فى الأم للشافعى ما نصه : « وكل ما حكم فيه بالفرقة ولم ينطق بها الزوج ولم يردها وما لو أراد ألا تقع عليه الفرقة أو قعت ، فهذه الفرقة لا تسمى طلاقا ، لأن الطلاق من الزوج وهو لم يقله ولم يرضه بل يريد رده ، وذلك مثل المرأة تكون عند العنين فيؤجل سنة فلا يمس فتختار فراقه ، والمرأة يتزوجها الرجل فتجده مجنونا أو به جذام أو برص فتختار فراقه ، فهذا كله لا يعد طلاقا وإنما يعد فسخا لعقد النكاح ، ومثله العبد يبتاعه فيظهر منه على عيب فيكون له رده بالعيب ورده فسخ العقد الأول ، وهذه كلها فرقة من المرأة وفرقة المرأة بغير تمليك الزوج إياها لا تكون إلا فسخ عقدة النكاح ، لان الطلاق جعله الله إلى الرجال لا إلى النساء[١] .

وكذلك فلعله من المفيد هنا أن نشير إلى أن ما ذهب إليه الشافعى هو قول أحمد بن حنبل ، حيث جاء فى المغنى ما نصه : « ولنا أن هذا خيار ثبت لأجل العيب ، فكان فسخا كفسخ المشترى لأجل العيب[٢] » .

كذلك سلك هذا المسلك أيضاً الزيدية[٣] والإمامية[٤] ، فذهبوا الى أن الفرقة بسبب العيب أو المرض فسخ وليست طلاقاً .

---

(١) الأم ٥ / ١٠٦ .

(٢) المغنى ٧ / ٦٠٥ .

(٣) البحر الزخار ٣ / ٦٠ .

(٤) المختصر النافع ص ١٨٧ .

الثانى : إنها طلاق بائن لا رجعة فيه ، وهو مذهب مالك ، وحجته أن كل ما يكون من الرجل أو بسبب منه يكون طلاقا ، وإن التخلص من مضار هذا العيب لا يكون إلا إذا كان بائناً ، وهذا هو ما أشار اليه صاحب « حاشية الدسوقى » فقال ما نصه : « والرد بالعيب يكون طلاقاً بائنا سواء طلقها الزوج أو الحاكم ، أو طلقت هى نفسها ، لكن إذا طلقت هى نفسها منه كأن تقول : طلقت نفسى منك وما معناه لزم أن يحكم بها الحاكم ليرفع خلاف من يرى أن طلاق المرأة لا يقع أصلا ، والمراد بالحكم الإشهاد على طلاقها ، ففى فوازل ابن سهل عن ابن عاث أن الحاكم يقول لها بعد كمال نظره : إن شئت أن تطلقى نفسك ، وأن شئت التربص عليه ، فإن طلقت نفسها أشهد على ذلك »[1] .

هذا ومما تجدر الإشارة إليه أن ما ذهب إليه هو قول الحنفية أيضاً ، حيث ذكر صاحب « فتح القدير » العيوب التى يفرق بسببها بين الزوجين ثم قال « وتلك الفرقة تطليقة بائنة »[2] .

واستدل الحنفية على ذلك بما روى عن عمر بن الخطاب أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله حولا ، فلما انقضى ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما عمر ، وجعلها تطليقة بائنة ، لأن فعل القاضى أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه[3] .

---

(١) انظر حاشية الدسوقى ٢ / ٢٧٧ وما بعدها ، والخرشى ٣ / ٢٤١ . والأحوال الشخصية لأبى زهرة ص ٤٢٠ .

(٢) فتح القدير ٣ / ٢٦٤ .

(٣) نفسه ٣ / ٢٦٣ .

تعقيب : فى نظرى ليس هناك كبير فائدة من الخلاف فى جعل الفرقة بسبب العيب فسخاً أو طلاقاً، لأن الطلاق إذا كان ينقص عدد التطليقات على حين لا ينقص هذا العدد الفسخ ، فإن هذا لا يظهر بصورة واضحة فى هذه الحالة ، لأن الزواج هنا لن يعود فى الأعم الأغلب إلى زوجته مرة أخرى .

ولكن هب - وقلما أن يحدث ذلك - أن الزوج المعيب أو المريض أراد أن يرجع مرة أخرى إلى زوجته وبخاصة بعد شفائه من مرضه أو برئه من عيبه ، فإن الاوْلى هنا أن نجعل هذه الفرقة فسخاً لاطلاقا ، لأن ذلك من مصلحة الزوج ، وهذا يظهر بصورة واضحة فيمن طلق إمراته تطليقتين ثم فرق بينهما بسبب العيب أو المرض ، ثم أراد أن يتزوجها ، فله ذلك دون أن تنكح زوجته زوجاً غيره ، لأنه ليس له غير تطليقة والفسخ لا يعد طلاقا .

أما من ذهب إلى أن هذه الفرقة تعد طلاقاً ، ففى هذه الحالة لم يجز لهذا الزوج أن يراجع زوجته حتى تنكح زوجاً غيره ، لأنه بهذه الفرقة كملت الثلاث تطليقات .

ز - صاحب الحق فى هذه الفرقة :

يعد أحد الزوجين هو صاحب الحق فى هذه الفرقة ، أى أنه لا يجوز للقاضى أن يفرق بين الزوجين بسبب الأمراض أو العيوب إلا إذا لجأ إليه أحد الزوجين - الزوج أو الزوجة - أمره اليه طالباً ذلك . أما إذا فرق القاضى بينهما بسبب العيب أو المرض دون أن يطلب صاحب الحق منه ذلك ، فهذا الطلاق يعد باطلا .

ح - شروط التفريق للعيب :

عند المالكية : ذكر الخرشى أن شروط التفريق عندهم ثلاثة هى[١] :

١ - أن يكون العيب موجوداً عند العقد أو قبله ، فالطارىء بعد العقد لا يوجب الخيار .

٢ - أن يكون أحد الزوجين عالما به ولكنه لم يرض به ، فإن علم السليم بعيب المعيب ورضى به بالفعل أو بالقول فلا خيار .

٣ - أن يكون الزوج عالما بعيب زوجته ولكنه لم يتلذذ من زوجته بشىء من مقدمات الجماع ، لأنه لو تلذذ بعد علمه فلا خيار له .

هذا ويزيد الخرشى هذا الكلام وضوحاً فيقول :« إذا أراد أحد الزوجين أن يرد صاحبه بالعيب الذى به ، فقال المعيب للسالم : أنت علمت به قبل العقد ودخلت عليه ، أو علمت به بعد العقد ورضيت أو تلذذت ولا بينة للمدعى تشهد له بما ادعاه ، وأنكر السليم ذلك وأراد المعيب أن يحلفه على نفى ما أدعاه، فإنه يلزمه أن يحلف ، فإن حلف على نفى ما أدعى عليه من العلم أو الرضا أو التلذذ ثبت له الخيار وإن نكل حلف المعيب وسقط الخيار »[٢] .

عند الحنابلة : ذكر ابن قدامة أن شرط ثبوت الخيار ما يلى[٣] :

١ - أن لا يكون عالما بالعيب وقت العقد ، ولا يرضى به بعده ، فإن علم به فى العقد أو بعده فرضى فلا خيار له لأنه رضى به .

---

(١) الخرشى ٣ / ٢٣٥ .

(٢) نفسه ٣ / ٢٣٥ .

(٣) المغنى ٧ / ٥٨٣ – ٥٨٥ .

٢ - يجوز الخيار إذا أصاب أحدهما بالآخر عيباً وبه عيب من غير جنسه ، كالأبرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه ، إلا أن يجد المجبوب المرأة رتقاء فلا ينبغى أن يثبت لهما الخيار ، لأن عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع ، وإنما امتنع لعيب نفسه ، وإن وجد أحدهما بصاحبه عيبا به مثله ، ففيه وجهان : أحدهما : لا خيار لهم لأنهما متساويان ولا مزية لأحدهما على صاحبه . والثانى : له الخيار لوجود سببه .

٣ - يثبت الخيار بالجنون سواء كان مطبقاً أو كان يجن فى الأحيان لأن النفس لا تسكن إلى من هذا حاله ، إلا أن يكون مريضاً يغمى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار ، فإن زال المرض ودام به الإغماء فهو كالجنون يثبت به الخيار .

٤ - أما المجبوب فشرط ثبوت الخيار فيه أن يكون جميع ذكره مقطوعاً أو لم يبق منه إلا مالا يمكن الجماع به ، فإن بقى منه ما يمكن الجماع به ويغيب منه فى الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها ، لأن الوطء يمكن .

٥ - لا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم لأنه مجتهد فيه ، فهو كالفسخ للإعسار بالنفقة .

عند الأحناف[١] :

١ - أن تكون زوجة العنين أو المجبوب بالغة ، فإن كانت صغيرة ينتظر بلوغها لاحتمال أن ترضى به إذا بلغت .

٢ - ألا تكون هذه العيوب موجودة عند العقد ، أو حدثت بعده قبل

---

(١) فتح القدير ٤ / ٣٠٠ وما بعدها ، والفرقة بين الزوجين للمرحوم الشيخ على حسب الله ص ١٢٢ - ١٢٣ والرجعة فى الفقه الإسلامى ص ٢٤٩ .

الدخول اما إذا حدثت بعد الدخول فلا يثبت بها الخيار ، لأن الزوج بالوصول إلى المرأة مرة قد أوفاها حقها ، فليس لها أن تطالبه بعد ذلك .

٣ - أن يكون العيب مستحكماً لا يرجى الشفاء منه بشهادة أهل الخبرة ، أو يرجي ولكن بعد زمن طويل تتضرر المرأة منه ، ولا تستطيع الصبر الزمن الطويل .

٤ - ألا تكون الزوجة معيبة بعيب يمنع وطأها ، فإن كانت معيبة برتق أو قرن فلا خيار لها فى طلب التفريق لتحقيق المانع من مهمتها .

٥ - أن تطلب المرأة التفريق من القاضي لأنه حقها ، ومن ثم فليس للقاضى أن يفرق بينهما بمجرد علمه بذلك ، أو ثبوته بالبينه .

عند الشافعية[1] :

١ - أن يكون الجذام والبرص مستحكمين وذلك بخلاف غيرهما من أوائل الجذام والبرص لا يثبت به الخيار ، أما الجنون فلا يشترط فيه الاستحكام .

٢ - أن يكون العيب موجوداً عند العقد أو حدث بعده ، إلا العنة فإنها لا تبيح الفسخ إذا حدثت بعد الدخول .

٣ - يشترط في الفسخ بالعيب أن يرفع الأمر إلى الحاكم ، لأنه مجتهد فيه .

تعقيب :

على ضوء ما سبق يتضح لنا أن ثمة اتفاقاً بين الفقهاء على جواز التفريق إذا كان العيب قديماً وموجوداً قبل الزواج ، أما العيب الحادث بعد الزواج ففيه خلاف بينهم ، فقد ذهب الحنفية إلى أن الرجل إذا جن أو

---

(١) مغنى المحتاج ٣ / ٢٠٢ وما بعدها ، والفرقة بين الزوجين ص ١٢٣ .

أصبح عنينا بعد الزواج ، وكان قد دخل بالمرأة ولو مرة واحدة لا يحق لها طلب الفسق ، لأن الزوج بالوصول إلى المرأة مرة قد أوفاها حقها فليس لها أن تطالب به بعد .

وفرق المالكية بين عيب الزوج وبين عيب الزوجة ، فقالوا : إن كان العيب بالزوجة فليس للزوج الخيار أو طلب التفريق بهذا العيب ، لأنه مصيبة نزلت به وعيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد ، فأشبه العيب الحادث بالمبيع . وإن كان العيب الحادث بالزوج ، فللزوجة الحق فى طلب التفريق إن كان العيب جنوناً أو جذاماً أو برصاً لشدة التأذى بها ، وعدم الصبر عليها ، وليس لهال الحق في طلب التفريق بالعيوب التناسلية الأخرى من جب أو عنة أو خصاء .

وقد أطلق الشافعية والشيعة والحنابلة القول بجواز التفريق بالعيب الحادث بعد الزواج كالعيب القائم قبله ، لحصول الضرر به كالعيب المقارن للعقد ، ولأنه لا خلاص للمرأة إلا بطلب التفريق بخلاف الرجل .

ولكن أستثنى الشافعية طروء العنة بعد الدخول ، فإنها لا تجيز طلب الفسخ لحصول مقصود النكاح ، واستيفائها حقها منه بمرة واحدة[١] .

ط - خيار العيب بين الفور والتراخي :

ذهب الشافعية والمالكية والجعفرية إلى أنه إذا ثبت الخيار فى الفسخ بالعيوب فإنه يكون على الفور ، فاذا سكت عنه صاحبه حتى مضى وقت كان يستطيع رفع الأمر فيه إلى القاضى ولم يرفعه عد راضياً به .

وفى هذا يقول صاحب « مغنى المحتاج » ما نصه : « والخيار فى الفسخ بهذه العيوب إذا ثبت يكون على الفور ، لأنه خيار عيب فكان على

---

(١) انظر : الفقه الإسلامى وأدلته ، ٧ / ٥٢٢ - ٥٢٣ ، والفرقة بين الزوجين ص ١٢٢ - ١٢٣ .

الفور كما فى البيع ، والمعنى بكونه على الفور أن المطالبة والرفع إلى الحاكم يكونان على الفور ، ولا ينافى ذلك ضرب المدة فى العنة ، فانها حينئذ تتحقق . وإنما يؤمِن بالمبادرة إلى الفسخ بعد تحقيق العيب ولو أدعى جهل الفور مقياس ما تقدم فى الرد بالعيب أنه يقبل لخفائه على كثير من الناس ، ولو قال أحدهما علما بعيب صاحبى وجهلت الخيار قبل قوله بيمينه إن أمكن وإلا فلا[1] .

كذلك نص على ذلك صاحب « المختصر النافع فى فقه الإمامية » حيث قال « الخيار فيه – أى فى العيب – على الفور[2] .

وفى الجانب المقابل ذهب الحنابلة والحنفية إلى أنه على التراخى فلا يسقط بالسكون ، لجواز أن يكون من باب التريث ورجاء الشفاء وإنما يسقط بما يدل على الرضا به صراحة أو دلالة ، بأن تقول : رضيت أو أسقطت حقى ، أو تعقد عقد الزواج وهى عالمة بالعيب ، أو تعلم به بعد ذلك فتمكن الزوج من نفسها ، واستثنى الحنابلة العنة فقالوا : لا يسقط حق الفرقة بها بالتمكين ، لجواز أن يكون من باب التريث ورجاء الشفاء[3] وفى هذا يقول ابن قدامة : « وخيار العيب ثابت على التراخى لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا به من القول والاستمتاع من الزوج أو التمكين من المرأة[4] » كما يقول : « ولنا أنه خيار له لدفع ضرر مستحق فكان على التراخى[5] .

---

(١) مغنى المحتاج ٣ / ٢٠٤ .

(٢) المختصر النافع ص ١٨٧ .

(٣) الفرقة بين الزوجية ص ١٢٣ .

(٤) المغنى ٧ / ٥٨٤ .

(٥) نفسه ٧ / ٥٨٥ .

كذلك نص على ذلك ابن عابدين بقوله : « هو على التراخى لا على الفور »[١] .

ى - تأجيل الحكم بالفرقة

اختلف الفقهاء فى العيوب التى يؤجل الحكم فيها بالفرقة رجاء البرء منها وذلك على النحو التالى :

المالكية[٢] :

١ - يؤجل الحكم بالفرقة فى كل من الجنون والجذام والبرص والاعتراض وهذا التأجيل تكون مدته سنة إذا كان المعيب حرا ، ونصف سنة إذا كان عبدا .

هذا وقد اشترط المالكية لتأجيل المعترض سنة أن يكون صحيحاً ، فإن كان مريضاً ينتظر برؤه ثم يؤجله القاضى سنة من تاريخ شفائه من المرض وفى هذا يقول الخرشى : « وإذا قامت زوجة المعترض وهو مريض فلا يضرب - أى القاضى - له الأجل الآن بل حتى يصح ، فإذا صح صحة بينة ضرب الأجل فلو مرض ثانيا فلا يزاد له على أجله سواء استغرق مرضه جميع السنة أو بعضها[٣] » .

٢ - يؤجل الحكم فى داء الفرج كالرتق والقرن للدواء إذا كان البرء منها مرجواً ، وهذا التأجيل يكون باجتهاد أهل الخبرة من غير تحديد .

ولكن : هل تجبر الزوجة على هذا التداوى ؟

يقول الخرشى : « ولا خيار للزوج حيث أرادت - الزوجة - التداوى فيما إذا كان خلقة أو غير خلقة ، وأما إن امتنعت منه وطلبه الزوج

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣ / ٩٧٧ ، ٩٨٠

(٢) الخرشى ٣ / ٢٣٧ وما بعدها وحاشية الدسوقى ٢ / ٢٧٩ وما بعدها .

(٣) الخرشى ٣/ ٢٤٠ .

فلا تجبر عليه إن كان خلقة وتجبر عليه فيما إذا كان غير خلقة[١] » .

هذا والمراد بالخلقة : ما كان أصلياً فى ابتداء الأمر حين الولادة ، وبغيرها : ما كان عارضاً بسبب ، كما إذا خفضت والتفت فخذاها فالتحم اللحم .

٣ - أما الجب والعنة والخصاء ، فلا تأجيل فيها مطلقاً ، لعدم رجاء البرء منها فى نظرهم .

الشافعية والزيدية :ذهب الشافعية[٢] والزيدية [٣]إلى أن التأجيل يكون سنة فى العنة دون غيره من العيوب الأخرى ، فإذا ما رفعت الزوجة أمرها إلى القاضى وثبت لدى القاضى عنة الزوج ضرب له القاضى سنة كما فعل عمر رضى الله عنه .

وقدرت هذه المدة بسنة ، لأنه ربما يكون امتناعه لعلة معترضة ، أو لآفة أصلية فيه ، وهذا لا يعرف إلا بهذه المدة ، لأن السنة تحوى الفصول الأربعة ، فقد يكون تعذر الجماع لعارض حرارة فتزول فى الشتاء ، أو ببرودة فتزول فى الصيف ، أو بيبوسة فتزول فى الربيع ، أو لرطوبة فتزول فى الخريف ، فإذا مضت السنة ، ولم يصل اليها بجماع تبين أن عجزه يرجع إلى آفة أصلية ، ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بإحسان ، فإذا امتنع ناب عنه القاضى منابه ، ففرق بينهما بناء على طلبها .

هذا ومما تجدر الإشارة إليه أن ابتداء المدة تكون من ضرب القاضى لا من وقت ثبوت العنة ، كما أن القاضى لا يضرب هذه المدة إلا بطلب الزوجة نفسها ، لأن الحق لها ، ويكفى قولها : أنا طالبة بموجب الشرع

---

(١) نفسه ٣ / ٢٤٢ .

(٢) انظر : مغنى المحتاج ٣ / ٢٥٠ وما بعدها .

(٣) البحر الزخار ٦١/٣ وما بعدها .

وإن جهلت بتفصيل الحكم ، فإن سكتت لم تضرب ، ولا بأس أن ينبهها القاضى إذا علم أن سكوتها لجهل أو لغفلة .

ويقول صاحب مغنى المحتاج « فإذا تمت تلك السنة المضروبة للزوج ولم يطأ على ما يأتى ولم تعتزله فيها رفعته ثانيا اليه : أى القاضى ، فلا تفسخ بلا رفع ، إذ مدار الباب على الدعوى والإقرار والإنكار واليمين فيحتاج إلى نظر القاضى واجتهادة[١] » .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإننا نحب أن ننبه إلى أن الزوجة إذا مرضت أو حبست فى هذه المدة كلها ، فإنها لم تحسب ، لأن عدم الوطء حينئذ يضاف إليها وتستأنف سنة أخرى ، ولو وقع لها مثله فى بعض السنة ، قال الشيخان : لا بأس استئناف سنة أخرى ، أو تنتظر مضى مثل ذلك الفصل من السنة الأخرى ، فإن قيل : يلزم من ذلك الاستئناف أيضاً ، لأن ذلك الفصل إنما يأتى فى سنة آخرى أجيب : بأن المراد أنه لا يمتنع انعزالها عنه فى غير ذلك الفصل من قابل بخلاف الاستئناف ولا يمنع حسبان المدة حيضها إذ لا تخلو السنة عنه غالبا[٢] .

الحنفية والحنابلة :

ذهب الحنفية[٣] والحنابلة[٤] الى أن التأجيل يكون فى العنة والخصاء دون غيرهما ، قالوا : لأن الوقوف على الحقيقة فيهما فى هذه الحال متعذر ، فقد يكون عجز الرجل عن المباشرة طارئاً يزول ، والأطباء كثيراً ما يختلفون ولا يقطعون برأى ، فكان التأجيل أوثق لبناء الفرقة على عيب مستحكم ، لا على سبب طارىء قد يكون سريع الزوال .

---

(١) مغنى المحتاج ٣/٢٠٦ .

(٢) نفسه ٣/٢٠٧ .

(٣) انظر : فتح القدير ٤ / ٢٩٧ وما بعدها .

(٤) والمغنى ٧ / ٦٠٢ وما بعدها .

فإذا رفعت المرأة أمرها الى القاضى وأدعت أن زوجها عنين أو خصى وأنه لم يصل إليها ، سأله القاضى عن دعواها ، فإن أقر بها أجله سنة ليتبين بمرور الفصول الأربعة ما إذا كان عجزه عن المباشرة لعارض يزول أم لعيب مستحكم .

والصحيح عندهم أعتبار السنة قمرية ، لأن التأجيل صنيع عمر رضى الله عنه ، وما كانوا يوقتون فى زمنه إلا بالأهلة ، وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنها شمسية ، وأختاره جماعة من الفقهاء ، لأن السنة الشمسية هى التى تشتمل على الفصول الأربعة ، والخطب هين ، فإن الفرق بين السنتين أيام معدودات لا تمنع من اشتمال السنة القمرية على الفصول الاربعة .

هذا ، وتبدأ السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان بالزوج مانع طبعى أو شرعى كالمرض والإحرام ، فحينئذ تبدأ من وقت زوال المانع ولا يحسب من السنة أيام غيبة المرأة ولا أيام مرض أحد الزوجين مرضاً لا يستطاع معه الوقاع .

وإن أنكر الزوج دعواها ، وادعى الوصول اليها ، فإن كانت ثيباً من الأصل كان القول قوله بيمينه ، فإذا حلف سقط حقها وإذا نكل عُدَّ مصدقا لها وأجل سنة ، وإن كانت بكرا من الأصل عين القاضى امرأتين يثق بهما للكشف عليها ، فإن وجدتاها ثيباً كان القول له بيمينه كما سبق ، وإن وجدتاها بكراً أجل سنة . فإذا مضت السنة ولم تعد المرأة إلى القاضى سكت عن القضية إذ ليس من وظيفته أن يثير الخصومة بين الناس .

أما إذا عادت إليه مصرة على طلب الفرقة لبقاء عجز الزوج ، فإن اعترف الزوج بذلك أمره بتطليقها ، فإن أبى فرق بينهما . وإن ادعى الوصول إليها فى المدة ، فإن كانت ثيباً من الأصل فالقول قوله بيمينه ، فإن حلف سقط حقها ، وإن نكل خيرها القاضى بين المقام معه على هذه الحالة والفرقة ، وأيهما أختارت فى المجلس أمضاه ، وإن كانت بكرا حين

الكشف الأول عليها أعاده مرة أخرى ، فإن تبين أنها ثيب فالقول قوله بيمينه كما سبق ، وإن تبين أنها لا تزال بكراً خيرها .

تعقيب :

هذا وإنه لجدير بنا أن ننبه هنا إلى أن هذا التأجيل يكون فى العيوب المرجو البرء منها ، أما غيرها من العيوب الميئوس منها كالجب وغيره فإنها لا تحتاج إلى تأجيل ، لأنه لا فائدة من هذا التأجيل ، فإذا ما رفع صاحب الحق أمره الى القاضى طالباً التفريق بينه وبين صاحبه ، وتبين القاضى صدق دعواه أجابه إلى طلبه ، وحكم له بالفرقة إذا كان المدعى هو الزوج ، فإذا كانت المرأة هى المدعية عرض على الزوج أن يطلق فإن أبى فرَّق القاضى بينهما كما أوضحنا .

ك - كيف تقع هذه الفرقة ؟

ذهب الحنابلة إلى أن هذه الفرقة لابد فيها من حكم حاكم : لأنه مجتهد فيه ، فهو كالفسخ للإعسار بالنفقة[1] .

وفى الجانب المقابل ذهب الإمامية إلى أنها تكون باختيارها دون قضاء القاضى[2] .

أما الشافعية[3] فعنهم قولان :

الأول : تستقل الزوجة بالفسخ ، وذلك كما يستقل بالفسخ من وجد بالمبيع عيبا ، لكن إنما تفسخ بعد قول القاضى لها : ثبتت العنة أو ثبت حق الفسخ ، فاختارى - على الأصح فى أصل الروضه - وقول القاضى :

---

(١) انظر : المغنى ٧ / ٥٨٥ .

(٢) انظر : فرق الزواج ص ٢٧٣ .

(٣) انظر : مغنى المحتاج ٣ / ٢٠٧ .

اختارى : أنه ليس شرطاً بل المراد به إعلامها بدخول وقت الفسخ حتى لو بادرت وفسخت قبله نفذ فسخها .

والثانى : يحتاج الى إذن القاضى لها بالفسخ ، أو إلى فسخه بنفسه ، لأنه محل نظر واجتهاد ، فيتعاطاه بنفسه أو يأذن فيه .

وعند الأحناف : إذا ثبت حق الزوجة فى الفسخ أمره القاضى بالطلاق فإذا امتنع ناب القاضى منابه ففرق بينهما[١] .

وقريب من هذا ذهبت المالكية ، حيث نصوا على أن المعترض إذا لم يدع الوطء بعد انقضاء السنة فإنه يؤمر بالطلاق إن اختارته الزوجة ، فإن طلق الزوج فواضح ، وله أن يوقع من الطلاق ما شاء وإن أبى الزوج الطلاق ، فهل يطلق الحاكم عليه ، أو يأمرها به ثم يحكم به ، هذان قولان[١] .

أما الزيدية ، فإن الفرقة عندهم تكون بتراضى الزوجين فإذا امتنع أحدهم حكم القاضى به[٣] .

ل - أثر هذه الفرقة على المهر :

ذهب الحنفية إلى أن للزوجة نصف المهر إذا كانت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة على حين يجب لها المهر كله بعد الدخول أو الخلوة ، لأن خلوة العنين صحيحة .

---

(١) انظر : فتح القدير ٤ / ٢٩٨ - ٢٩٩ وحاشية ابن عابدين ٢ / ٩٧٨ - ٩٧٩ .

(٢) الخرشى ٣ / ٢٤١ .

(٣) السيل الجرار ٢٨٩/٢ .

بيد أن الصاحبين أوجبوا لها نصف المهر أيضاً فى حال الخلوة كأنه لم يخل بها[١] .

وقال المالكية : إذا كانت الفرقة قبل الدخول فلا شىء للمرأة من المهر وعلة ذلك : « أن العيب إذا ظهر بأحد الزوجين ورد السالم ذا العيب قبل البناء ، فإنه لا شىء للزوجة من الصداق ، لأن العيب إن كان بالزوجة فهى غارة ومدلسة فلا شىء لها ، وإن كان بالزوج فجاء الفراق من قبلها مع بقاء سلعتها[٢] » .

وإذا كانت الفرقة بعد الدخول يجب لها المهر المسمى كله ، ووجه ذلك يوضحه الخرشى بقوله « فمع عيب الزوج يجب لها المسمى لتدليسه .. وإن كان العيب بالزوجة وقد دخل بها فإنها تستحق الصداق جميعه بالدخول ولو بكرا ، ويرجع الزوج بجميعه على وليها الذى لا يخفى عليه أمرها كأبيها ، وإذا رجع الزوج على وليها الذى لا يخفى عليه أمرها ، فإن الولى لا يرجع بشىء منه على الزوجة لأنها لم تكن حاضرة العقد ، والولى هو الذى غره ودلس عليه أما إذا كانت الزوجة حاضرة مع وليها فى مجلس العقد كاتمة للعيب الذى فيها ، ثم علم الزوج بالعيب بعد الدخول بها ، فإن الزوج حينئذ بالخيار بين أن يرجع بجميع الصداق على الولى أو يرجع به على الزوجة ، لأن كلا منهما غار ومدلس ، لكن إن رجع الزوج به على الولى رجع على الزوجة ، وإن رجع الزوج به على الزوجة فإنها لا ترجع بشىء منه على الولى لأنها غارة وهى المباشرة للإتلاف » هذا إذا كان الولى قريبا ، أما إذا كان الولى بعيداً أو كان العيب خفياً ، فإن الزوج حينئذ يرجع بالصداق على الزوجة لا على الولى ، لأن التغرير والتدليس منها وحدها[٣] .

---

(١) فتح القدير ٤ / ٣٠٠ ، وحاشية ابن عابدين ٢ / ٩٧٧ .

(٢) الخرشى ٣ / ٢٤٤ .

(٣) نفسه ٣ / ٢٤٥ .

وقال الشافعية : إن الفسخ قبل الدخول يسقط مهر الزوجة ، أما إذا كان بعد الدخول ، وكان العيب مقارنا للعقد أو حادثاً بين العقد والوطء وجهله الواطىء إن كان بالموطوءة ، وجهلته هى إن كان بالواطىء ، فلها مهر المثل فى الأصح ، وإن حدث العيب بعد العقد والوطء فلها فى الأصح المهر المسمى كله . هذا ولا يرجع الزوج الفاسخ بعد الفسخ - بالمهر الذى غرمه على من غره من ولى أو زوجة بالعيب المقارن فى الجديد ، لا ستيفائه منفعة البضع المتقوم عليه العقد ، والقديم يرجع به للتدليس عليه باخفاء العيب المقارن للعقد ، أما العيب الحادث بعد العقد إذا فسخ به فلا يرجع بالمهر جزماً لانتفاء التدليس[١] .

وقال الحنابلة : إن الفسخ إذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه سواء كان من الزوج أو المرأة ، لأن الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها فسقط مهرها ، وإن كان منه فإنما فسخ لعيب بها دلسته بالإخفاء فصار الفسخ كأنه منها .

أما إذا كان الفسخ بعد الدخول وجهل العيب فلها المهر ، لأن المهر يجب بالعقد ويستقر بالدخول ، ولكن هل يرجع الزوج بالمهر على من غرّه ؟

قال أبو بكر فيه روايتان : إحداهما : يرجع به ، والأخرى : لا يرجع ، والصحيح أن المذهب رواية واحدة ، وأنه يرجع به ، فإن أحمد قال : كنت أذهب إلى قول على فهبته ، فملت إلى قول عمر : « إذا تزوجها فرأى جذاماً أو برصاً فإن لها المهر بمسيسه إياها ، ووليها ضامن للصداق » وهذا يدل على أنه رجع إلى هذا القول .

---

(١) مغنى المحتاج ٣ / ٢٠٤ - ٢٠٥ .

ولنا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال ، قال عمر بن الخطاب : أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها ، وذلك لزوجها غرم على وليها ، ولأنه غره فى النكاح بما يثبت به الخيار ، فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة ، فإذا ثبت هذا فإن كان الولى علم غرم ، وإن لم يكن علم فالتغرير من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق ، فإن اختلفوا فى علم الولى فشهدت بينة عليه بالإقرار بالعلم وإلا فالقول قوله مع يمينه قال الزهرى وقتادة : إن علم الولى غرم وإلا استحلف بالله العظيم أنه ما علم ثم هو على الزوج[١] .

هذا وما ذهب إليه الحنابلة هو رأى الشيعة أيضاً ، وفى هذا يقول صاحب البحر الزخار « إن فسخ بعد الدخول لم يسقط المهر وهو المسمى ، فإن لم يسم فمهر المثل إذ قد استوفى عوضه ، فإن فسخ قبل الدخول والخلوة فلا مهر[٢] » .

كما يقول صاحب « المختصر النافع فى فقه الإمامية » : « إذا فسخ الزواج قبل الدخول فلا مهر ، ولو فسخ بعده فلها المسمى[٣] .

---

(١) المغنى ٧ / ٥٨٦ -٥٨٧ .

(٢) البحر الزخار ٣ / ٦٣ .

(٣) المختصر النافع ص ١٨٧ .

الفصل الثانى

فى الشريعة اليهودية

تمهيـد :

أ - الطوائف اليهودية : لليهود طوائف كثيره ، تختلف كل واحدة منها عن الأخرى فى مبادئها وأسس حياتها ونظراتها إلى الكون وما وراءه[١] ، بيد أن الذى يعنينا فى هذا المقام أن نشير إلى أن أشهر الطوائف اليهودية طائفتان هما : الربانيون والقراءون .

أما الربانيون فيرون أن التوراة ليست هى كل الكتب المقدسة التى يعتمد عليها ، وإنما هناك بجانب التوراة روايات شفوية ومجموعة من القواعد والوصايا والشروح والتفاسير التى تعتبر توراة شفوية قد تناقلها الحاخامات من جيل إلى جيل ، وربما دونوها أحياناً خوفاً عليها من الضياع ، وتلك الروايات الشفوية هى التى دونت فيما يسمى بالتلمود[٢] .

أما القراءون فلا يعترفون إلا بالعهد القديم (التوراة) كتابا مقدساً ، إذ ليست عندهم روايات شفوية توارثها الحاخامات الواحد بعد الآخركما يزعم الربانيون ، أى أنهم لا يؤمنون بالتلمود كما يؤمن به الربانيون[٣] .

ب - مصادر الشريعة اليهودية :

١ - **التوراة :** وهو المصدر التشريعى الذى يجمع عليه اليهود على اختلاف طوائفهم ، وتتكون من أسفار خمسه هى : التكوين والخروج والأحبار والعدد والاستثناء[٤] .

٢ - **التلمود :** وهو ما يعتبره الربانيون توراة ثانية نزلت على موسى ،

---

(١) للوقوف على هذه الطوائف اليهودية راجع : اليهودية ص ٢١٨ - ٢٢٥ د .أحمد شلبى .

(٢) نفسه ص ٢١٨ . (٣) نفسه ص ٢٢٣ .

(٤) للوقوف على هذه الأسفار بالتفصيل انظر : اليهودية ص ٢٣٣ - ٢٣٥ والأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية ص ٧٤ وما بعدها .

وهو عبارة عن مجموعة من التعاليم التى قررها أحبار اليهود شرحاً للتوراة واستنباطاً من أصولها[١] .

٣ - **العرف والإجماع :** يعتبر العرف مصدراً ثالثاً للتشريع عند الربانيين فيما لم يرد فيه نص أو حكم فى إحدى التوراتين ، إلا أن العرف يلعب دوراً أكبر إلى جانب الإجماع عند القرائين ، لأن باب الأجتهاد لا زال مفتوحاً أمامهم[٢] .

٤ - **المؤلفات الفقهية :** لقد ألفت فى الشريعة اليهودية كتب جمعت بين دفتيها أحكام شريعة الإسرائيلين ، وهى كتب تتراوح لغتها ما بين العبرية والعربية .

بيد أننا سنكتفى هنا بالأشارة إلى الكتب التى رجعنا اليها فى بحثنا هذا فى شريعة الربانيين و القرائين .

ففى شريعة الربانيين قام الأستاذ مسعود حاى بن شمعون سنة ١٩١٢ م بجمع مبادىء وقواعد هذه الشريعة فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية وصاغها فى شكل مواد ووضعها فى كتاب أسماه « الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية » .

وعند القرائين يعد كتاب « شعار الخضر » فى الأحكام الشرعية للقرائين المصدر الأساسى لشريعتهم ، وهو كتاب ألفه الباهو بشياحى باللغة العبرية ، وترجمه إلى العربية الأستاذ مراد فرج .

كذلك يوجد كتاب باسم « القراءون والربانيون » لمؤلفه مراد فرج ، وهو دراسة رصد فيها صاحبها أوجه الخلاف بين الشريعتين .

---

(١) انظر : الزواج والطلاق فى جميع الأديان ص ٤٣٤ ، والأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية ص ٨٤ .

(٢) انظر : الأحوال الشخصية د . جميل الشرقاوى ص ٧٤ وما بعدها والنظام القانونى للأسرة ص ٣٣ .

جـ - موقف الشريعة اليهودية من الفرقة بسبب العيوب والأمراض :

أولاً : عيوب المرأة : يجوز للرجل أن يطلق امرأته إذا وجد بها عيباً من العيوب ، وهذه العيوب نوعان عند القرائين وذلك على النحو التالى[1] :

النوع الأول : عيوب فى نفس المرأة ماساً بدينها ، وهى قسمان :

أ - ما كان قاصراً عليها كابتذالها الأيام المقدسة وأكلها النجس أو ما لا يحل من الطعام .

ب - ما كان متعدياً إلى غيرها كإطعامها النجس لزوجها وأولادها أو غير هؤلاء ، أو إخفائها الحيض عن زوجها .

النوع الثانى :عيوب فى الخُلُق أو الخَلْق ، وهى على ثلاثة أقسام :

أ - ما كان فى الصفة والمنظر ، وهو إما أن يكون هينا مقبولا كالنمش وأثر الجدرى وقصر النظر مع سلامة العينين والسحابة غير المضرة بهما .

وإما أن يكون غير هين لا يقبل ، كالريح الخبيثة فى الفم أو الأنف والعمى والصمم والجنون والحمق والخرس وكل عاهة أخرى لا يرجى برؤها ، ولا يطاق احتمالها ، وكذلك سب الوالدين .

ب - سوء المعاملة ككثرة النزاع وشدة المعاندة والوقاحة وغير ذلك .

جـ - الابتذال فى الطرق والأسواق بلا اطلاع زوجها ، وإتيان ما يمس الشرف .

هذا ويعتبر مسبباً للطلاق فى العيوب المتقدمة ما هو دون الهين المحتمل حسبما يراه أولو الأمر من أهل الشرع ، لا طالب الطلاق ، فهو قد

---

(١) شعار الخضر ١٢٧ - ١٢٩ والأحوال الشخصية ص ٣٤٨ - ٣٤٩ .

يجسم التافه ، ويعظم اليسير ، لذا كان من الضرورى تدخل السلطة الشرعية (القضاء) لتقدير مسوغ الطلاق[١] .

هذا من ناحية ، ومن ناحيه آخرى فإنه يمكن للرجل أن يطلب الطلاق سواء أكان المسوغ قائماً قبل الزواج أم بعده ، عالما به أم لا ، إلا أنه إذا كان الرجل عالما بالعيب ، فإن مؤخر الصداق يلزم الزوج إذا طلق ، ويعتبر الطلاق إثما ومعصية دينية[٢] .

ثانياً : عيوب الرجل ، وهى تسوغ التطليق على النحو التالى :

أ - يجب على الزوج طلاق زوجته مراعاة لحق الزوجة إذا توافرت فيه أحد العيوب التالية :

١ - الرائحة الكريهة : فقد ورد فى كتاب ابن شمعون المواد التالية :

المادة ٢٠٦ : إذا كان بالرجل رائحة كريهة فى أنفه أو فمه أو لأنه اشتغل دباغا وما أشبه ذلك ، جاز إجابة طلب زوجته الطلاق .

المادة ٢٠٧ : إذا علمت الزوجة بالرائحة ورضيت فليس لها طلب الطلاق .

المادة ٢٠٨ : ومع ذلك فللسلطة الشرعية النظر والفصل فى عدم استطاعة الزوجة تحمل زوجها .

٢ - المرض الذى يخل بواجبات الزوج الشرعية : حيث نص على ذلك ابن شمعون فى :

---

(١) الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٣٤٩ .

(٢) شعار الخضر ص ١٢٧ ، والأحوال الشخصية ص ٣٥٠ .

المادة ١٢٧ :إذا منع الرجل مرض صبرت امرأته ستة أشهر ، فإذا لم يشف جاز لها طلب طلاقها ، ولها مؤجل الصداق .

المادة ١٢٨ : إذا كان المرض يرجى شفاؤه فللسلطة الشرعية مد المهلة .

٣ ، ٤ – العنة والعقم : نص على ذلك ابن شمعون فى المواد التالية:

المادة ٢١٠ : إذا كان الرجل عنيناً أو عقيم الماء ، وكانت الزوجة فى عوز إلى غلام جاز لها طلب الطلاق .

المادة ٢١١ : يجب أن يكون قد مضى عشر سنين أو خمس حسب نص المادة ١٦٤ وما يليها[١] ، وألا يكون غرض الزوجة حصولها على حقوقها ، وحينئذ يجوز الطلاق وللزوجة مهرها ، وما دخلت به .

المادة ٢١٢ : يجب أولاً أن تقبل الزوجة الحرمان الشرعى على نفسها بأنها صادقة وحسنة القصد .

المادة ٢١٣ : إذا كان عقم الرجل محققاً وجب عليه الطلاق ، وللزوجة مهرها وما دخلت به بلا حرمان .

ب – يجب على الزوج طلاق زوجته مراعاة لحق الشرع وذلك إذا كان مصاباً بالبرص أو الصرع أو أى مرض معد آخر ، وهذا هو ما نصت عليه مواد ابن شمعون :

المادة ٢٠٤ : « إذا كان الطارىء (على الرجل) برصاً أو مرضاً معدياً كلف الرجل بالطلاق ، وللشرع أن يأمر بالحيلولة ولو أبت الزوجة ما لم تتعهد شرعاً أنها لا تختلى به » .

---

(١) المادة ١٦٤ : عقم الزوجة عشر سنين أو خمساً إذا كانت ثيباً يوجب على الرجل شرعاً أن يطلقها ، ولها ما لها من الحقوق فى العقد ، وللرجل أن يتزوج عليها إذا قبلت وكان ذا ميسرة .

المادة ١٦٥ : يشترط لمدة العقم أن تمضى والزوجان مقيمان معاً لم يمتنع الرجل عن زوجته بإرادته أو بغير إرادته ، وإلا سقط من المدة ما يسقط .

المادة ٢٠٥ : « إصابة أحد الزوجين بالصرع توجب الطلاق على الرجل ولا تسقط حقوق الزوجة ، وإذا أعسر فنظرة إلى ميسرة » .

تعقيب :

تلك هى العيوب التى يجب على الزوج عند توافرها طلاق زوجته ، ولكن هب أن الزوج امتنع عن هذا الطلاق ، فهل يملك القضاء التطليق عنه ؟

إن ثمة خلافاً بين القرائين والربانيين فى هذه المسألة ، حيث يرى الربانيون أن الطلاق لا يصدر إلا من الرجل ، ولا يستطيع القاضى أن يحل محله ، وكل ما له هو إجباره على ذلك من خلال الجزاءات الدينية ، واستدلوا على ذلك بالنصوص التالية :

المادة ٣٢١ : لا يرفع قيد الزواج إلا بالطلاق .

المادة ٣٢٤ : الطلاق فى يد الرجل .

المادة ٣٣٧ : كل طلاق من سلطة أجنبية لا يعتبر شرعاً .

المادة ٣٤٨ : يكلف الرجل المتزوج بمحرمة أن يطلقها ، فإذا توقف جاز للشرع عزله وحرمانه من الشعائر والحقوق الملية حتى يطلق هذا وفى الجانب المقابل فإن الراجح عند القرائين هو قيام السلطة الشرعية بالتطليق فى حالة إمتناع الرجل عن ذلك ، سواء تعلق الأمر بحق المرأة أم بحق الشرع[1] .

---

(١) الأحوال الشخصية ص ٣٦٠ .

د - الآثار المترتبة على الفرقة

أولاً : المهر :

توجب الشريعة اليهودية للزوجة المهر عند الطلاق أو الوفاة ، اللهم إلا إذا كان الطلاق راجعاً لخطأ منها ، فإن المهر يسقط فى هذه الحالة .

وبناء على هذه القاعدة ، فإننا إذا أمعنا النظر فى زوجة المريض أو المعيب المطلقة ، نجد أنها تستحق المهر ، لأن الطلاق هنا لم يحدث نتيجة خطأ منها ، وهذا هو ما أشارت إليه مصادرهم الفقهية .

فقد نصت المادة (١٢٧) من كتاب ابن شمعون على أنه « إذا منع الرجل مرض صبرت امرأته ستة أشهر ، فإذا لم يشف جاز لها طلب طلاقها ولها مؤجل الصداق » .

كما تنص المادة (٢١٣) على أنه : « إذا كان عقم الرجل محققاً وجب عليه الطلاق ، وللزوجة مهرها وما دخلت به بلا حرمان » .

كذلك تقضى المادة (٢٠٥) أن : « إصابة أحد الزوجين بالصرع توجب الطلاق على الرجل ولا تسقط حقوق الزوجة » .

ثانياً : الدوطــة :

لقد خلت شريعة القرائين من الحديث عن الدوطة وأحكامها ، على حين فصلت شريعة الربانيين ذلك ، فبينت أن للزوجة المطلقة – ومنها زوجة المريض أو المعيب – حق استرداد الدوطة أياً كان سبب الطلاق ، حتى ولو كان بخطأ من المرأة .

– فقد نصت المادة (٨٦) من كتاب ابن شمعون على أن « أموال المرأة نوعان : ما قبضه الرجل وهو المعروف بالدوطة ، وما لم يقبض وإنما ينتفع به » .

- كما قضت المادة (٨٧) على أن : « للزوجة أموالها بنوعيها عند الطلاق أو عند وفاة زوجها » .

ولكن : كيف تسترد الزوجة الدوطة ؟

لقد وضع ابن شمعون يده على الاجابة على هذا التساؤل ، فذكر ذلك فى كتابه « الاحكام الشرعية » على النحو التالى :

المادة ٨٨ : إذا هلك مال الدوطة[1] كان هلاكه على الرجل .

المادة ٩٠ : مال الدوطة يرد إلى الزوجة عند طلاق زوجها أو وفاته فإذا نقصت القيمة عن أصلها أو كان الشيء غير لائق للاستعمال فللزوجة الحق فى قيمته الأصلية .

المادة ٩١ : إنما يجب رد الشيء عينا لا ثمنا إلا إذا حصل التراضى على غير ذلك ، أو صار الشيء غير لائق للانتفاع به .

المادة ٩٢ : إذا كان مال الدوطة عبارة عن شيئين وقت الطلاق أو الوفاة صار أحد الشيئين بقيمة الأثنين ، للزوجة أخذ أحدهما ، وأذا شاءت أخذ الباقى دفعت قيمته .

ثالثاً : الجهاز :

نصت الشريعة اليهودية على أن للزوجة حق استرداد الجهاز عند أنتهاء الرابطة الزوجية ، وذلك إذا كان الجهاز قائماً أما إذا كان مستهلكاً كله أو نصفه فإنه يجب على الزوج للزوجة قيمته كما هو مدون فى عقد الزواج ، اللهم إلا إذا كان الطلاق بسبب خطأ من الزوجة ، فإنه فى هذه الحالة ليس لها سوى أخذ ما فى حيازتها من الجهاز .

نصت على ذلك شريعة الربانيين فى المواد التالية :

المادة ١٧٠ : إذا كان امتناعها لمخاصمته ومنازعته إياه أنذرها الشرع

بضياع حقوقها أربع مرات متواليات ، فى كل أسبوع مرة ، فإذا بقيت على امتناعها وأبت الطلاق أنتظر عليها سنة لا تجب فيها النفقة فإذا مضت بلا ثمرة يؤمر بالطلاق وليس لها إلا ما هو فى حيازتها مما دخلت به .

المادة ١٧١ : ما كان فى حيازة أبى الزوجة مما دخلت به يعتبر كما لو أنه فى حيازتها هى .

رابعاً : العدة :

نصت الشريعة اليهودية على عدة زوجة المريض أو المعيب صراحة ، إذ جاء فى المادة (٣٧٧) من كتاب ابن شمعون أنه « لابد من العدة في جميع الأحوال ، حتى لو لم يكن غير التقديس ، أو كان الرجل عنيناً أو مجبوبا أو مريضا أو غائبا أو مسجوناً ، أو كانت الزوجة صغيرة ، أو عاقرا أو عجوزاً » .

ثم أوضحت المادة (٤٩) مقدار هذه العدة ، فقضت بأن « المطلقة أو الأرملة لا يجوز العقد عليها قبل انقضاء عدتها اثنين وتسعين يوماً يحسب منها يوم الطلاق أو الوفاة ، صبية كانت أو مسنة ، مقيمة مع زوجها أو بمعزل عنه حتى ولو لم يدخل عليها » .

الفصل الثالث

فى الشريعة المسيحية

المبحث الثانى

الشريعة المسيحية

تمهيد :

فى نظرى إذا كان المسيحيون - كما سنرى - يختلفون فى وقوع الفرقة بين الزوجين بسبب غيبة الزوج - فإنه لجدير بنا قبل مناقشة هذه المسألة عندهم ، أن نشير بإجمال الى الطوائف المسيحية المتعددة ، وكذلك مصادر التشريع عندهم وذلك على النحو التالى :

أ - **الطوائف المسيحية :** لقد كان لأختلاف المسيحيين حول طبيعة المسيح [١] السبب فى انقسام المسيحيين الى طوائف وملل متعدده أهمها وأشهرها الآن طوائف ثلاث هى :

١ - **الأرثوذكس :** لقد أعلن مذهب الأرثوذكس عن طبيعة المسيح فى مجمع عقد بمدينة إفسس بالأناضول سنة ٤٣١ حيث أتخذ هذا المجمع قراراً يوافق عقيدة البابا كيرلس بطريرك الإسكندرية - وهو يقضى بأن المسيح طبيعة واحدة ومشيئة واحدة وفى هذا المعنى يقول البابا كيرلس « إن لسيدنا يسوع المسيح أقنوناً واحداً إلهيا اتحد بالطبيعة الانسانية أتحاداً تاماً بلا اختلاف ولا امتزاج ولا استحالة فالعذراء والحالة هذه هى بحق والدة الإله فمريم لم تكن إنسانا عادياً بل ابن الله المتجسد ، لذلك هى حقاً أم الله [٢] .

هذا وقد يسمى هذا المذهب (الأرثوذكس) بالمذهب اليعقوبى نسبة الى داعية مشهور اسمه يعقوب البرادعى ، قام بالدعوة له ونشره كما تسمى كنيستهم أيضاً بكنيسة الروم الأرثوذكسية أو الكنيسة الشرقية أو اليونانية ،

---

(١) اقرأ الأراء حول طبيعة المسيح فى المسيحية د .أحمد شلبى ص ١٩٢ - ١٩٥ .

(٢) انظر المسيحية ص ٢٣٨ - ٢٤٢ .

لأن أكثر أتباعها من الروم الشرقيين ومن البلاد الشرقية على العموم كروسيا والبلقان واليونان[١] .

هذا ولعله من المفيد هنا أن نشير إلى أن انفصال الكنيسة الأرثوذكسية عن الكنيسة الكاثوليكية فى أيام ميخائيل كارولايوس بطريرك القسطنطينية سنة ١٠٥٤ ، وكان لهذا الانقسام أسباب سياسية ودينية ذكرت مبثوثة فى مظانها فى المصادر المسيحية[٢] .

طوائف الأرثوذكس : ينقسم المذهب الأرثوذكسى إلى عدة طوائف :

١ - طائفة الأقباط الأرثوذكس : وتتبع الكنيسة القبطية المصرية .

٢ - طائفة الروم الأرثوذكس : وتتبع الكنيسة اليونانية .

٣ - طائفة الأرمن الأرثوذكس : وتتبع الكنيسة الأرمنية .

٤ - طائفة السريان الأرثوذكس : وتتبع الكنيسة السورية .

٢ - الكاثوليك :

لقد أعتنقت هذا المذهب كنيسة روما واتخذت به قراراً فى مجمع خلقيدونيه سنة ٤٥١ ، وهذا المذهب يرى أن للمسيح طبيعتين ومشيئتين ، فالمسيح أقنوم إلهى بحت ، ولكن له ذاتان وكيانان هما الإله والانسان .

هذا وتسمى كنيستهم باسم الكنيسة الكاثوليكية أو الغربية أو اللاتينيه ومعنى الكاثوليكية أى العامة ، لأنها تدعى أم الكنائس ومعلمتها ، ولأنها وحدها التى تنشر المسيحية فى العالم وسميت غربية أو لاتينية لامتداد

---

(١) نفسه ١٩٣ - ١٩٤ - ٢٣٩ .

(٢) انظر المسيحية ص ٢٣٩ - ٢٤١ للوقوف على هذه الأسباب .

نفوذها الى الغرب اللاتين خاصة ، أى الى بلاد إيطاليا وبلچيكا وفرنسا وأسبانيا والبرتغال وإن كان لها اتباع فيما عدا ذلك من البلدان..

كما تسمى أيضاً الكنيسه البطرسية أو الرسولية لأن أتباعها يدعون أن مؤسسها الأول بطرس الرسول كبير الحواريين ورئيسهم والبابوات فى روما خلفاؤه[١] .

طوائف المذهب الكاثوليكى :

١ - طائفة الأقباط الكاثوليك .

٢ - طائفة الروم الكاثوليك .

٣ - طائفه الأرمن الكاثوليك .

٤ - طائفة السريان الكاثوليك .

٥ - طائفة الموارنه الكاثوليك .

٦ - طائفة الكلدان الكاثوليك .

٧ - طائفة اللاتين الكاثوليك .

٣ - البروتستانت :

لقد ظهر هذا المذهب فى القرن السادس عشر على يد الراهب الالمانى مارتن لوثر ، حيث انتقد الكنيسة الكاثوليكية وذهب الى أن الأنجيل هو المصدر الوحيد للديانه المسيحية ، ولكن فهمه ليس وقفاً على رجال الكنيسة كما ترى الكنائس الاخرى ولكن لكل فرد قادر الحق فى فهمه ، وجميعهم متساوون ومسئولون أمام هذا الكتاب[١] .

هذا وعلى الرغم من تعدد طوائف هذا المذهب الا أن القانون المصرى

---

(١) المسيحية ٢٤١ - ٢٤٢ .

اعتبرهم طائفه واحدة هى « طائفه الأنجليين » الوطنين إشارة إلى أنهم لا يعترفون إلا بالآنجيل وحده .

ب - مصادر الشريعة المسيحية :

يعد الكتاب المقدس[١] المصدر التشريعى الوحيد الذى يحتج به المسيحيون جميعاً على اختلاف طوائفهم ومللهم ، أما قوانين الرسل [٢] وقرارات المجامع[٣] والعرف [٤] فهى مصادر تشريعية مشتركة يحتج بها الارثوذكس والكاثوليك دون الأنجليين [٥]بيد أنه مما تجدر الاشاره إليه أنه بالاضافه إلى هذه المصادر التشريعية العامة التى يشترك فيها جميع

---

(١) يشمل الكتاب المقدس العهدين القديم والجديد ، اما العهد القديم فيتضمن تسعة وثلاثين سفرا الخمسة أسفار الاولى هى التوراة التى انزلت على موسى عليه السلام كما يرى اليهود والنصارى أما الأسفار الأخرى فتتضمن اخبار بنى اسرائيل من بعد موسى وتاريخهم واناشيدهم ونبوءاتهم .

أما العهد الجديد فيشمل الأناجيل الأربعة المعتمدة عند المسيحيين وهى أناجيل متى ومرقس ولوقا ويوحنا ، كما يشمل أيضاً هذا العهد اعمال رسل المسيحيين ورسائل القديسين عندهم وأهمها رسائل بولس ورؤيا القديس يوحنا .

(٢) قوانين الرسل : يقصد بها الكتابات المنسوبه للرسل ، وهى خمسة كتب : فقه الرسل الأثنى عشر (الديداخى) ، وتعاليم الرسل (الاسقلية) والمرسوم الكنيسى المصرى والقواعد الكنسية ، والقواعد الشرعية اللاحقة لليهود .

(٣) قرارات المجامع : وتتمثل فى الاجتماعات التى يعقدها رجال الكنيسة لمناقشة ووضع الحلول لبعض المشاكل المعروضة عامة أو محلية .

أما المجامع العامة أو المسكونية : نسبة إلى أنها تضم ممثلين عن العالم المسكون لذا تسرى احكامها على كافة المسيحيين ، ومن هذه المجامع المجمع عليها مجمع نيقية عام ٣٢٥ ، والقسطنطينية عام ٣٨١ ، وافسوس الأول عام ٣٤١ وافسوس الثانى عام ٤٤٩ .

واما المجامع المحلية : تقتصر أحكامها على اساقفة أو كنائس إقليم معين فهى لا تلزم إلا الأفراد الذين يتبعون هذه الاقليم .

(٤) العرف : هو ما جرى عليه العمل بقبول وموافقة رجال الكنيسة المختصين وهو قد يكون عاماً وقد يتخذ طابعاً إقليمياً أو طائفياً .

(٥) راجع هذه المصادر بالتفصيل فى الاحوال الشخصية د . جميل الشرقاوى ٥٩ - ٧٣ واحكام الاسرة عند المسيحيين المصريين د . العطار ص ١٠ - ١٥ والنظام القانونى للاسرة فى الشرائع غير الاسلامية د : حسين منصور ٢٨ - ٣١ .

المسيحين أو بعضهم . إلا أن الذى نريد أن ننبه عليه هنا أن لكل طائفة من هذه الطوائف المسيحية المتعددة مصادر تشريعية خاصة بها تنتقى منها أحكامها .

هذا ولما كانت طوائف الأرثوذكس دون غيرها من الطوائف المسيحية الأخرى تعطى المرأة حق طلب التطليق بسبب غيبة الزوج - كما سنرى - فإنه لجدير بنا أن نشير هنا فقط الى أهم المصادر التشريعية الخاصة التى تعتمد عليها طوائف الأرثوذكس فى استسقاء أحكامها وذلك لصلة هذه الطوائف الوثيقة ببحثنا دون غيرها من الطوائف الأخرى وذلك على النحو التالى :

أ - الأقباط الأرثوذكس :

إن أهم المصادر التى تعتمد عليها هذه الطائفه هى مجموعة البطريرك كيرلس الثالث (ابن لقلق) عام ١٩٣٧ ، والمجموع الصفوى لابن العسال ١٢٣٩م .

والخلاصة القانونية للايغومانونسى فيلوناؤس عام ١٨٩٦م ، ومصباح الظلمه لإيضاح الخدمة لابن كبر .

يضاف إلى ذلك مجموعات من النصوص وضعت فى مسائل الأحوال الشخصية لهذه الطائفة كمجموعة سنة ١٩٣٨ م الصادرة من المجلس الملى العام ، ومشروع القانون الصادر فى عام ١٩٥٥ .

ب - السريان الأرثوذكس :

يعد كتاب (الهنرى) لابن العبرى المرجع الأول لاحكام الاسرة عند هذه الطائفه ، يضاف اليه ما قام به الراهب يوحنا دوليانى ، حيث صاغ هذا الكتاب فى مجموعة نصوص طبعت بالقدس سنة ١٩٤٥ م .

الروم الأرثوذكس :

لقد اصدر البطريرك نيقولاوس الاسكندرى مجموعة نصوص سنة ١٩٣٧م ، ثم تم تعديلها عام ١٩٥٠ م وهى ما يجرى عليها العمل الآن .

الأرمن الأرثوذكس :

يعد كتاب الاحكام « الأحكام القضائية » لمختار جوش أول مجموعة فقهية عندهم ، وكذلك لهم مجموعة اخرى وضعت عام ١٩٤٠م وسميت بقانون الأصول الشخصية لطائفه الأرمن الأرثوذكس بالقاهرة » .

هذا وبعد أن وقفنا فيما سبق على المصادر العامة للشريعة المسيحية وكذلك المصادر التشريعية الخاصة بطوائف الأرثوذكس دون غيرهم من الطوائف الأخرى ، فإنه قد آن الأوان فى الصفحات المقبلة أن نقف على آراء الطوائف المسيحية بالنسبة لزوجة الغائب وذلك كما نطقت مصادر شريعتهم العامة والخاصة .

جـ - موقف الأرثوذكس من الفرقة بسبب العيوب والأمراض

أولاً : العيوب والأمـراض التى تجيز التفريـق عنـد الأرثوذكس :

عند الأقباط الأرثوذكس : إن من يقرأ نصوص المجموعات الكنيسية عند هذه الطائفة ، يجد أن ثمة اتجاهين فى فسخ الزواج بسبب العيوب والأمراض ، وذلك على النحو التالى :

الاتجاه الأول : وهو الاتجاه القائم على اعتبار كل من الجنون والعجز الجنسى والمرض المعدى من مبررات الطلاق ، وفى هذا تقول الخلاصة القانونية :« إذا حدث لأحد الزوجين بعد الزواج ما يمتنع بواسطته الاجتماع المقصود بالزيجة من الموانع الشخصية غير الممكن برؤها ورغب المعافى منها الفرقة بعد أن تكون قد مضت مدة ثلاث سنوات مستمراً مع قرينه من عهد ما أصيب بذلك المرض المانع ولم يتمكنا من الاجتماع الزوجى

التناسلى وتحقق ذلك جلياً يجاب وتفسخ الزيجة[1] » .

كذلك نصت هذه الخلاصة على أن « العنة والخنوثة والخصاء وعيب المرأة الذى يمنع المعاشرة والجنون المطبق والجذام والبرص[2] » .

كذلك جاء فى قوانين ابن لقلق أن « حدوث ما يمتنع معه الاجتماع المقصود بالزيجة مما يفسخ به الزواج ، ومن ذلك : الخصى والجنون المطبق والجذام والبرص والعظم المانع فى النساء والعنين والخنثى وما يجرى هذا المجرى[3] » .

كما وضع ابن العسال يده على ذلك حيث قال :« العنين والخنثى ومن له عظم زائد مانع والخصى والجنون والأمراض القاطعة كالجذام ، وينتظر أيضاً على العنين ثلاث سنين بعد الاتصال وقبل الفسخ[4] » .

كما يقول أيضاً : « إذا امتنع على القرين أن يجتمع بقرينه الاجتماع المقصود من الزيجة عند وجود ما يمنع من هذا الاجتماع يجوز التطليق ، وما يمنع من الأتصال الجنسى إما أن يكون طبيعياً كالعنين والخنثى ومن له عظم زائد مانع وإما أن يكون عرضياً وهو الخصاء والجنون الذى يكون زمان الإفاقة منه أقل ، والأمراض القاطعة كالجذام[1] » .

كذلك سلكت هذا المسلك المادة ٥٤ من مجموعة ١٩٣٨ حيث نصت على أنه :« إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق أو بمرض معد يخشى منه على سلامة الآخر يجوز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على الجنون أو المرض ، وثبت أنه غير قابل للشفاء ، ويجوز

---

(١) الخلاصة القانونية المسألة ١٧ رقم ٤٥ .

(٢) نفسه مسألة ٢٥ رقم ٨١ ومسألة ١٧ رقم ٤٥ .

(٣) تبديل المجموع الصفوى ص ٤٤١ – ٤٤٢ .

(٤) المجموع الصفوى ٢٣٢ وما بعدها .

(٥) المجموع الصفوى ص ٢٣٢ – ٢٣٣ .

أيضاً للزوجة أن تطلب الطلاق لإصابة زوجها بمرض العنة إذا مضى على اصابته به ثلاث سنوات وثبت أنه غير قابل للشفاء ، وكانت الزوجة فى سن يخشى فيه عليها من الفتنة » .

الاتجاه الثانى : وهو قائم على اعتبار الجنون والعنة من مبررات الطلاق دون غيرهما من العيوب والأمراض الأخرى وهذا هو نص المادة ٥٢ من مجموعة ١٩٥٥ حيث قالت :« إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق يجوز للزوج الأخر أن يطلب الطلاق إذا كان قد مضى خمس سنوات على الجنون وثبت أنه غير قابل للشفاء ، ويجوز أيضاً للزوجة أن تطلب الطلاق إذا أصيب زوجها بمرض العنة وثبت أنه غير قابل للشفاء وكانت الزوجة فى سن يخشى عليها من الفتنة ولم يكن قد مضى على الزواج خمس سنوات[1] » .

ملحوظة: هكذا أجمعت الكنسية عند الأقباط الأرثوذكس على اعتبار كل من الجنون والعجز الجنسى والمرض المعدى من مبررات الطلاق ، ما عدا مجموعة ١٩٥٥ التى أقتصرت على اعتبار الجنون والعنة دون غيرهما من العيوب والأمراض الأخرى من مبررات الطلاق .

ومن الواضح أن أتجاه مجموعة ١٩٥٥ يتعارض مع اتجاه نصوص المجموعات الكنسية ذلك الاتجاه الذى استقر عليه عرف الأقباط الأرثوذكس ، وبالتالى يتعين عدم التعويل عليه ، خصوصاً وإن مجموعة ١٩٥٥ ليست لها قوة ملزمة[2] .

فى شريعة الأرمن الأرثوذكس[3] :

---

(١) مجموعة قوانين الأحوال الشخصية ص ١٣٨ .

(٢) أحكام الأسرة ص ٢٤٤ .

(٣) تشريعات الأحوال الشخصية ص ٣٢٦ - ٣٢٧ .

نص قانون الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن على ذلك فى مادتين هما :

المادة ٣٩ : يجوز الحكم بالطلاق بعد مضى ثلاث سنوات من إصابة أحد الزوجين بجنون لا يشفى .

المادة ٤٨ : إصابة أحد الزوجين بمرض سرى أثناء الزواج يجيز للأخر طلب الطلاق .

فى شريعة الروم الأرثوذكس[1] :

المادة ١١ :لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق فى حالة ما يصاب الآخر فى قواه العقلية لدرجة تجعل حياة قرينه معرضة للخطر ، ولا يكون لهذه العلة أى أمل بالشفاء ، وتكون قد دامت ثلاث سنوات أثناء الزواج ولكل من الزوجين أن يطلب أيضاً الطلاق إذا أصيب الآخر بالجذام .

المادة ١٢ : ولكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لعدم مقدرة الآخر على استيفاء فرض الزواج بالجماع إذا كانت هذه العلة موجودة حين عقد الزواج وكان يجهلها الطالب ودامت ثلاث سنوات من حين الزواج واستمرت إلى وقت رفع الدعوى ، وللزوجة أن ترفع دعوى الطلاق ولو قبل فوات الثلاث السنوات فى حالة ما تكون عنة الزوج مستمرة وغير قابلة للشفاء بفحص طبى قانونى .

فى شريعة السريان الأرثوذكس :

المادة ٧٢ : العيوب التى توجب الفسخ سبعة هى : الخنوثة والقطع عند الرجال ، والانطباق والسدة عند النساء ، والجرب والجذام والجنون عند الرجال أو النساء .

---

(١) الزواج والطلاق فى جميع الأديان ص ٣٢٦ .

المادة ٧٣ : « والخنوثة نوعان : احدهما ألا يتمكن الرجل من المجامعة طبعاً أو لمرض عرض له . والثانى : أن يكون له عضوا الذكر والانثى » .

المادة ٧٤ : يشترط مرور ثلاث سنوات فى حالة الخنوثة ، فحسب وسنة فى عيوب المرأة .

المادة ٧٥ : وهذه السنة لا يستهدف بها التأكيد من دوام العيب وإنما كى تخجل المرأة .

المادة ٧٦ : الجرب الذى يوجب الفسخ هو الجرب العتيق الذى ينتشر فى أكثر الجسم .

المادة ٧٧ : الجذام الموجب للفسخ هو الذى يقيح الوجه ويجحظ العينين ويتلف رءوس الأعضاء .

المادة ٧٨ : الجنون الذى يوجب الفسخ يريد به المتشرعون داء الصرع غير القابل للشفاء ، وبعضهم ينتظرون سنة وآخرون أربع سنين وغيرهم سبع سنين .

ثانياً : شروط التفريق بسبب العيوب والأمراض:

على ضوء هذه النصوص السابقة يتضح لنا أن الطوائف الأرثوذكسية تجيز التطليق للجنون والعيب الجنسى والمرض المنفر وذلك بشروط معينة على النحو التالى :

شروط التفريق بسبب الجنون :

يعد الجنون سبباً للطلاق عند طوائف الأرثوذكس إذا توافرت فيه الشروط الآتية[1] :

---

(١) انظر فى ذلك : الأحوال الشخصية لغير المسلمين د . جميل الشرقاوى ص ٣٦١ - ٣٦٣ والوجيز فى الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين د . أحمد سلامة ص ٣٠٧ - ٣٠٨ والأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية ص ٣٥٤ - ٣٥٥ . وأحكام الاسرة ص ٢٤٥ - ٢٤٦ ، والأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٣١٦ - ٣١٧ .

١ - أن يكون الجنون مطبقاً : أى مستمراً لا يفيق صاحبه منه فى فترات من الزمن ، لأنه بهذه الحالة يحول دون مساكنة كل من الزوجين الآخر فضلاً عن الخطر الذى يشكله على حياة أحدهما . ومع ذلك يلحق الجنون المتقطع الجنون المطبق شريطة أن تتغلب فيه فترات المرض على فترات الإفاقة أى تكون أوقات الإفاقة التى تخللته بسيطة ، وكذلك يلحق العنة بالجنون المطبق ، لأن الحكمة واحدة فكلاهما فاقد التمييز باستمرار .

٢ - أن يكون الجنون طارئاً بعد الزواج ، لأن الجنون السابق على الزواج أو المعاصر لإبرامه سبب لبطلان الزواج .

٣ - أن يستمر الجنون المطبق لمدة معينة : هى على النحو التالى[١] :

أ - ثلاث سنوات عند الأقباط والروم .

ب - خمس سنوات فى مجموعة ١٩٥٥ عند الاقباط ، وهى مجموعة - كما أشرنا - لا يعتد بها لمخالفتها لعرف الأقباط الأرثوذكس .

جـ - تتراوح هذه المدة من سنة إلى سبع سنوات ، وهو مسلك السريان .

٤ - أن يكون الجنون غير قابل للشفاء : من يطالع نصوص المجموعات الكنسية يجد أن بعضها اشترط هذاالشرط ، ومن ثم فقد أثار هذا الشرط خلافاً فى الفقه ، فذهب رأى[٢] إلى أنه يكفى أن تمضى مدة الثلاث السنوات على الجنون المطبق دون أمل فى الشفاء حتى يقضى بالتطليق ، على حين ذهب رأى آخر [٣] إلى عدم قابلية الجنون للشفاء شرط لابد من ثبوته حتى يقضى بالتطليق .

---

(١) انظر البحث ص

(٢) انحلال الزواج ، د . إهاب إسماعيل ص .

(٣) انظر : الاحوال الشخصية د . أحمد سلامة ص ٣٠٨ ود . جميل الشرقاوى ص ٢٦٢ - ٢٦٣ .

والراجح فى نظرى الرأى الأول : « لأنه من الناحية العملية لا يستطيع الطبيب أن يقرر عدم قابلية الجنون للشفاء مستقبلاً إلا على أساس التخمين ، والقاضى يحكم على اساس من الواقع وبلا تنبؤات ، ولهذا يكفى - فيما يبدو لنا - مرور ثلاث سنوات على الجنون المطبق الطارىء بعد الزواج للدلالة على عدم قابليته للشفاء والحكم بالتطليق[١] » .

ب : شروط التفريق للعيب الجنسى :

يعتبر العيب الجنسى سبباً للطلاق عند الطوائف الأرثوذكسية إذا ما توافرت الشروط الآتية[٢]

١ - أن يكون العيب الجنسى طارئاً بعد الزواج ، لأنه إذا كان سابقاً عليه أو معاصراً له كان سبباً للبطلان لا للتطليق كما نصت على ذلك طوائف الأرثوذكس الثلاث الأقباط[٣] والسريان[٤] والأرمن[٥] . وفى الجانب المقابل تجوّز طائفة الروم التطليق للعيب شريطة أن يكون قديما أى قائماً وقت أنعقاد الزواج[٦] ، أما العيب الطارىء عندهم - أى الحادث بعد الزواج - فلا يصلح أن يكون مبرراً للتطليق خلافاً لغيرهم من الأرثوذكس .

٢ - أن تمضى مدة معينة على الأصابة بالعيب الجنسى حتى يحكم بالتطليق ، هذه المدة ثلاث سنوات عند طوائف الأرثوذكس الثلاث : الأقباط (عدا مجموعة ١٩٥٥) ، والروم والأرمن .

---

(١) أحكام الأسرة ص ٢٤٦ .

(٢) انظر : الاحوال الشخصية د . أحمد سلامة ص ٣٠٨ - ٣١٠ ، والأحوال الشخصية د . جميل الشرقاوى ص ٢٦٣ - ٢٦٦ والاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية ص ٣٥٥ - ٣٥٧ . وأحكام الأسرة ص ٢٤٦ - ٢٤٩ ، والأحوال الشخصية د . منصور ص ٣١٧ .

(٣) انظر المادة ٢٧ ، وكذلك المادة ٢٨ من قانونهم .

(٤) انظر المادة (١٢)

(٥) المادة (١١)

(٦) المادة (١٢)

أما طائفة السريان ففصلت القول فى هذه المدة ، فاشترطت مرور ثلاث سنوات فى حالة الخنوثة فحسب [١] ، وسنة واحدة فى عيوب المرأة[٢] ، أما الخصى وقطع الذكر فليست له مدة ، لأنه لا يرجى له الشفاء ، فلا معنى للانتظار لمدة معينة ، أما الجنون فتتراوح مدته من سنة إلى سبع[٣] عندهم .

هكذا اختلفت الأرثوذكس فى تقدير المدة التى يجوز بعدها الحكم بالتطليق نتيجة الأصابة بالعيب الجنسى ، بيد أنه مما تجدرالإشارة إليه أن بعض الباحثين ذهب إلى القول بأنه لا مانع من الأخذ بوجهة نظر السريان الأرثوذكس عند كافة الطوائف الأرثوذكسية لاتفاقها مع المنطق ، على حين يرى باحث آخر ترك تقدير هذه المدة إلى القضاء فى جميع الحالات ، لكى تتمشى مع حكمة التطليق فى هذه الحالة[٤] .

هذا من ناحية ، ومن ناحية آخرى فلعل اشتراط الأرثوذكس مرور مدة معينة على العيب الجنسى حتى يقضى بالتطليق مرجعه « التأكد من أن العيب لا يرجى زواله ، ولهذا نرى اشتراط هذه المدة لعيوب العنة والاعتراض والخنوثة ، أما بالنسبة للعيوب الأخرى التى يمكن القطع فيها طبياً بدوامها دون أنتظار مرور مدة معينة فلا محل لا شتراط أية مدة كما هو الحال بالنسبة للجب والخصاء[٥] » .

٣ - أن يكون العيب الجنسى دائماً وضاراً بالزوج الأخر ، أى لا يرجى زواله بعد الفحص الطبى الذى يقوم به أهل الخبرة من الأطباء ، ودوام هذا العيب دليل على أنه ضار بالزوج الآخر ، غير أن الضرر قد ينتفى عن

---

(١) المادة (٧٤) .
(٢) نفس المادة .
(٣)المادة (٧٨) .
(٤) أحكام الأسرة ص ٢٤٨ . (٥) نفسه ص ٢٤٧ - ٢٤٨ .

الزوج الآخر إذا كان فى سن لا حاجة له فيها إلى الجماع ، ولهذا تشترط بعض النصوص للطلاق أن تكون « الزوجة فى سن مما يخشى فيه عليها من الفتنه » ، ومن ثم فإذا كان الزوج طالب الطلاق لهذا السبب فى سن لا يخشى عليه فيه من الفتنة ، أو كان فى حالة صحية لا تسمح له مستقبلاً بإتيان الجماع ، كما لو كان بنصفه السفلى شلل ، فلا محل لطلب الطلاق ، إذ لا مصلحة له فى الدعوى ، فضلاً عن أنه لا ضرر يصيبه من العيب الجنسى عند زوجه الآخر[١] .

٤ - أن يثبت هذا العيب عند الزوج المدعى عليه ، سواء كان هذا الزوج هوالرجل أو المرأة وثبوت العيب الجنسى هذا أمر يرجع إلى خبرة الأطباء .

٥ - أن يكون الزوج السليم عند إبرام الزواج جاهلاً ما بالزوج الآخر من عيب جنسى ، وهذا الشرط خاص بطائفة الروم الأرثوذكس دون غيرها من الطوائف الأخرى .

جـ : شروط التطليق للأمراض الأخرى :

لا يعد المرض على إطلاقه مبرراً للطلاق ، وإنما لا بد أن تتوافر شروط حتى يقوم المبرر للطلاق ، وهذه الشروط هى[٢] :

١ - استحالة الحياة الزوجية مع قيام هذا المرض .

٢ - الإصابة بمرض معد أو خطير يخشى منه على سلامة الزوج الأخر .

٣ - عدم قابلية المرض للشفاء فى مدة معقولة .

٤ - أن يكون قد انقضى ثلاث سنوات على المرض وذلك لكى :

---

(١) أحكام الأسرة ص ٢٤٧ - ٢٤٨ .

(٢) انظر دعاوى الطلاق والطاعة من ١٨١ - ١٨٢ ، والأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٣١٤ - ٣١٦ ، وأحكام الأسرة ص ٢٤٩ - ٢٥١ ، والوجيز فى الأحوال الشخصية د . أحمد سلامة ص ٣١٠ وما بعدها .

« لا يهرع أحد الزوجين بمجرد إصابة قرينه طالبا بفض شركة العمر التى كان مفروضاً أن تدوم لولا رعاية من الشرائع والقوانين لحال الزوج الذى يصاب قرينه بما يمنع تحقيق غايات الزواج[١] » .

هذا وللمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة فى تقدير مدى خطورة المرض وجسامته ، وما إذا كان من شأنه استحالة الحياة الزوجية بتخلف غاية من غايات الزواج ، ومدى قابلية المرض للشفاء من عدمه ، أو قابليته للشفاء فى مدة معقولة ، فإن تبين أن المرض معدٍ أو خطير وتتخلف بسببه أحدى غايات الزواج بما تستحيل معه الحياة الزوجية إلا أنه رغم ذلك قابل للشفاء فلا ينهض مبرراً للتطليق .

٥ - يضيف القضاء شرطاً آخر مقتضاه : ألا يكون سبب المرض راجعاً إلى فعل الزوج الآخر وخطئه وإهماله فى العناية بزوجه فالزوج الذى لم يكفل لزوجته العناية والرعاية الصحية والغذاء المناسب والسكن الملائم مما أدى إلى أصابتها بالسل ، لا يجوز له طلب التطليق ، لأنه هو الذى تسبب فى هذا المرض ، ومن ثم فليس له أن يستفيد من تقصيره ، على أن ذلك يعتبر مسألة موضوعية تخضع فى تقديرى وإثباتها لمطلق سلطان محكمة الموضوع[٢] .

---

(١) انحلال الزواج د . إهاب إسماعيل ص ١٠٥ (الأحوال الشخصية ص ٣١٥) .

(٢) القاهرة الابتدائية ٩ فبراير ١٩٥٦ ، واستئناف القاهرة ٢٠ مارس ١٩٥٧ (الأحوال الشخصية ص ٣١٦ ومراجعه) .

د - هل يجوز التطليق للعقم عند الأرثوذكس ؟

إن عقم الرجل أو عقم المرأة لا يعد سبباً يجوز التطليق فى الشريعة المسيحية ، حيث خلت أسباب التطليق التى نصت عليها نصوص المجموعات الكنسية من الإشارة إلى هذا السبب ، ولذا فتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن العقم طالما كان مستقلاً بذاته لا يعتبر سبباً للتطليق فى شريعة الأقباط الأرثوذكس ، لأن قواعدها لم تنص عليه من بين أسبابه ، واكتفت بذكر الموانع التى تحول دون الأتصال الجنسى ، مما مفاده أنه لا يمكن الربط بين التطليق وبين عدم تحقيق الغاية من الزواج ، وإن أساس طلب التطليق يرجع إلى عقم المرأة الذى لا يد لها فيه وأنه ليس من خطأ مرده إليها[١] .

بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه أن شريعة الأرمن تقضى بالتطليق إذا عمل أحد الزوجين على البقاء فى حالة عقم ، وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٩ حيث قالت :« يقضى بالطلاق إذا عمل أحد الزوجين على البقاء فى حالة عقم ، وعلى الأخص عند أتخاذ وسائل للإجهاض فتعاطى حبوب منع الحمل والإقدام على الإجهاض بأية وسيلة يجيز التطليق عندهم بشرط أن يؤدى إلى البقاء فى حالة عقم ، أما إذا أتخذت الزوجة هذه الوسائل ولديها من زوجها بنين أو بنات فلا يجوز التطليق[٢] .

هذا ويختلف هذا الحكم عن حكم المادة ١٥ / جـ عند الروم الأرثوذكس فى أن الإجهاض لا يبرر الطلاق إلا إذا أدى إلى استمرار البقاء

---

(١) نقض ١٠ نوفمبر ١٩٧٦ (الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٣٤٣)

(٢) تشريعات الأحوال الشخصية ص ٣٢٧ .

(أحكام الأسرة ص ٢٥٤ .

فى عقم ، وفى أنه يكفى أتخاذ وسائل الإجهاض ، ولو لم يتم الإجهاض[٤] .

ثالثاً : العلة الموجبة للفسخ بسبب العيوب والأمراض عند الأرثوذكس :

لقد فطنت الخلاصة القانونية للأقباط الأرثوذكس إلى ذلك فقالت ما نصه : « فبما أن غرض الوضع الربانى من الزواج هو الغايات الثلاث : طلب النسل ، وتحصين الزوجين من ألم الشهوة ، والتعاون على المعاش ، فلا شك أنه مع وجود الأسباب الشخصية يمتنع ، ولا بد من الحصول على هذه الغايات الثلاث المقصودة بالزواج ، فلا يمكن الاجتماع المقصود منه النسل والتحصين ، ولا يتم التعاون على المعاش بواسطة تلك الموانع ، لأن الزواج أصبح عديم الفائدة ، لذلك صرحت القوانين بفسخ الزيجة بين المصابين بهذه الموانع إذا طلب أزواجهم[١] » .

كذلك نصت على ذلك شريعة الروم[٢] فى المادة (١١) حيث أكدت أن : لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق فى حالة ما يصاب الأخر فى قواه العقلية لدرجة تجعل حياة قرينه معرضة للخطر » .

كما تقول المادة (١٢) أيضاً : « ولكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لعدم مقدرة الآخر على استيفاء فرض الزواج بالجماع » .

على ضوء هذه النصوص السابقة نفهم أن العلة التى توجب الفسخ بسبب العيوب والأمراض عند الأرثوذكس هى :

١ - تفويت المقصود الأصلى من الزواج وهو التوالد والتناسل .

---

(١) نفسه ص٢٥٤ هامش (٣٨٨)

(٢) الخلاصة القانونية ص ٤٥ .

(٣) البحث ص

٢ - الإعفاف عن المعاصى .

٣ - استحالة الحياة الزوجية وتعذرها .

٤ - دفع الضرر الواقع على الزوج الآخر .

ونحن إذا أمعنا النظر بين العلل الموجبة للفسخ بسبب العيوب والأمراض عند الأرثوذكس والمسلمين نجد تقارباً واضحاً بين الشريعتين فى هذه الناحية[١] .

رابعاً : إجراءات دعوى الطلاق

هذا واذا كان الزوج فى الشريعة المسيحية لايمتلك إيقاع الطلاق بنفسه فى جميع حالات التطليق ، فلعله من المفيد هنا أن أضع بين يديك إجراءات دعوى الطلاق كما نصت عليها لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس[٢] :

م ٥٩ - تقدم عريضه الدعوى من طالب الطلاق شخصياً إلى رئيس المجلس الملى الفرعى وإذا تعذر حضور الطالب بنفسه ينتقل الرئيس أو من ينتدبه من الأعضاء إلى محله .

وبعد أن يسمع الرئيس أو العضو المنتدب أقوال طالب الطلاق يعطيه ما يقتضيه الحال من النصائح ، فإن لم يقبلها يحدد الزوجين ميعاداً لا يقل عن ثمانية أيام كاملة للحضور أمامه بنفسيهما فى مقر المجلس ، فإذا تعذر لأحدهما الحضور أمامه يعين لهما المكان الذى يستطيعان الحضور فيه ، وفى اليوم المحدد يسمع أقوال الزوجين ويسعى فى الصلح بينهما ، فإن لم ينجح فى مسعاه يأمر بإحالة الدعوى إلى المجلس ، ويحدد لها ميعاداً لا يتجاوز شهراً .

---

(١) قارن ذلك بما جاء فى البحث ص

(٢) انظر اللائحة المواد ٥٩ - ٦٦ .

م ٦٠ - يبدأ المجلس قبل النظر فى موضوع الدعوى بعرض الصلح على الزوجين ، فإن لم يقبلاه ينظر فى الترخيص لطالب الطلاق بأن يقيم بصفة مؤقتة أثناء رفع الدعوى بمعزل من الزوج الأخر مع تعيين المكان الذى تقيم فيه الزوجة إذا كانت هى طالبه الطلاق ، كما ينظر فى تقرير نفقة لها على الزوج .وفى حضانة الأولاد أثناء نظر الدعوى ، وفى تسليم الجهاز والأمتعة الخاصة ، وحكم المجلس فى هذه الأمور يكون مشمولاً بالنفاذ المؤقت من غير كفالة ، وقابلاً للاستئناف فى ظرف ثمانية أيام من تاريخ صدوره .

م ٦١ - يجوز لكل من الزوجين أن يوكل من يختاره من المحامين أو من أقاربه لغاية الدرجة الرابعة للمرافعة عنه ، وإنما يلزم أن يكون حاضراً مع وكيله فى الجلسة ما لم يمنعه مانع من الحضور .

م ٦٢ - تنظر الدعوى وتحقق بالطرق المعتادة .

م ٦٣ - لا يؤخذ بإقرار المدعى عليه من الزوجين بما هو منسوب إليه ما لم يكن مؤيداً بالقرائن أو شهادة الشهود ، ولا تعتبر القرابة أو أية صلة أخرى مانعة من الشهادة غير أنه لا يسوغ سماع شهادة أولاد الزوجين أو أولاد أولادهما .

م ٦٤ - لا تقبل دعوى الطلاق إلا إذا حصل صلح بين الزوجين سواء بعد حدوث الوقائع المدعاه فى الطلب ، أو بعد تقديم هذا الطلب ، ومع ذلك يجوز للطالب أن يرفع دعوى أخرى بسبب طرأ أو اكتشف بعد الصلح ، وله أن يستند إلى الأسباب القديمة فى تأييد دعواه الجديدة .

م ٦٥ - تنقضى دعوى الطلاق بوفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم النهائى بالطلاق .

م ٦٦ - يجوز الطعن فى الأحكام الصادرة فى دعاوى الطلاق بالطرق

والاوضاع المقرة لغيرها من الدعاوى ، ولكن تقبل المعارضة فى الحكم الغيابى فى ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه .

ويجب أن تعرض دعاوى الطلاق على المجلس الملى العام ولو لم تستأنف أحكامها للنظر فى التصديق على هذه الأحكام من عدمه ، ولا ينفذ الحكم القاضى بالطلاق إلا بعد صدور الحكم النهائى به من المجلس الملى العام ، وبعد استنفاد جميع طرق الطعن بما فيها الالتماس .

م ٦٧ - يسجل الحكم النهائى القاضى بالطلاق فى السجل المعد لذلك بدار البطريركية ويؤشر بمضمونه على أصل عقد الزواج بالسجل المحفوظ لدى الكاهن وعلى القسيمة المحفوظة لدى الرياسة الدينية . وعلى القسيمة الموجودة لدى الزوج الذى صدر حكم الطلاق بناء على طلبه .

خامساً : الآثار المترتبة على التطليق

أولاً : المهر[1] : لقد ذهبت الطوائف المسيحية إلى أن للزوجة مهرها ما لم يكن سبب الطلاق غير قهرى وآتيا من قبل المرأة .

ونحن إذا امعنا النظر ، نجد أن سبب الفسخ للعيب أو المرض يعد سببا قهرياً ، أى لا دخل لإرادة أحد من الزوجين فيه ومن ثم فإن الزوجة المطلقة بسبب العيب أو المرض لها حق الاستيلاء على مهرها .

نصت على ذلك المادة (٧٩) للأقباط الأرثوذكس فقضت بأنه :« فى حالة الحكم بالطلاق إذا كان سبب الفسخ قهريا ، أى لا دخل لإرادة أحد من الزوجين فيه ، فيكون للمرأة حق الاستيلاء على مهرها ، أما إذا كان سبب الفسخ غير قهرى ، فإن كان آتيا من قبل الرجل فللمرأة الحق فى أخذ مهرها ، وإن كان آتيا من قبل المرأة فلا حق لها فى المهر » .

---

(١) اقرأ بالتفصيل أحكام المهر عند المسيحيين فى : والوجيز د . أحمد سلام ص ٢٦٨ وما بعدها واحكام الاسرة ص ٢٥٩ ، والأحوال الشخصية ٢٥٠ - ٢٥١

يفهم ذلك أيضاً من المادتين ٧٢ ، ٧٣ للأرمن الأرثوذكس وهاك نصهما :

المادة (٧٢) : الزوج الذى صدر عليه حكم الطلاق يفقد جميع المنافع التى قدمها له الزوج الآخر سواء فى أثناء الزواج أو قبله .

المادة (٧٣) : الزوج الذى صدر لمصلحته حكم لطلاق يستبقى المنافع التى قدمها له الزوج الآخر حتى ولو كان متفقاً على أن تكون تبادلية .

ثانياً : الدوطة[١] والجهاز[٢] :

للزوجة المطلقة بسبب العيوب والأمراض الحق فى استرداد الدوطة والجهاز ، ذلك لان الطوائف المسيحية أعطت الزوجة هذا الحق فى كل حالات التطليق ، حتى ولو كان هذا التطليق بسبب خطأ الزوجة ، والسبب فى ذلك أن الدوطة والجهاز من أموالها الخاصة ، فلا أثر للفسخ عليها[٣] .

فعلى سبيل المثال نصت المادة (٨١) الأرمن على أنه « عند فسخ الزواج يكون للزوجة دائماً الحق فى استرداد الدوطة بجملتها ، ومع ذلك فللمحكمة أن تمنح الزوج أجلاً لردها » .

كما تقول المادة (٨٢) : « المنقولات والملبوسات التى تحضرها الزوجة تكون لها وتعود إليها عند فسخ الزواج » .

كما تنص المادة(٨٤)للأقباط أيضاً على أن الجهاز ملك للمرأة وحدها ، فلا حق للزوج فى شى منه ، وإنما له الانتفاع بما يوضع منه فى بيته وإذا

---

(١) الدوطة أو البائنة : تتمثل فى المال الذى تقدمه المرأة أو وليها بمناسبة الزواج بقصد المساهمة فى تأسيس وتحمل أعباء الحياة الزوجية ، وقد تأخذ الدوطة شكل مبلغ من النقود ، أو شكلا آخر عقاراً كان أو منقولا . ٢٨ / ٣٠ السريان ؛ الأحوال الشخصية ص ٢٥١ .

(٢) الجهاز : هو المتاع والأثاث الذى تأتى به الزوجة من بيت أبيها .

(٣) انظر ذلك في : م ٨١ و ٨٢ الأرمن الأرثوذكس ، م ٣٤ السريان الأثوذكس ، م ٨٤ الأقباط الأرثوذكس ، م ٢٣ الروم الأرثوذكس .

اغتصب شيئاً منه حال قيام الزوجية أو بعدها فلها مطالبته به أو بقيمته إن هلك أو استهلك عنده » .

بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه أن طائفة السريان ذهبت إلى أنه إذا كان سبب الطلاق غير قهرى وآتياً من قبل المرأة أخذ المطلق جهاز مطلقته لنفسه ، أو لأولاده إن كان له أولاد منها . وفى هذا تقول المادة (١٠١) من قانونهم : « إن كان السبب من المرأة كما إذا تدنست بالزنا بأن تحيَّلت على الزوج بغش ، فلرجلها الحق إن لم يكن له أولاد منها أن يأخذ جهازها وقيمة المهر من باقى نعمتها الخصوصية ، وإذا كان له أولاد منها أخذ جهازها ، وباقى نعمتها تحفظ بذلك لهم خاصة » .

ثالثاً : العـدة[١] :

١ - عند الأقباط الأرثوذكس : فقد نصت المادة ٢٦ من لائحتهم على أنه ليس للمرأة التى مات زوجها أوفسخ زواجها أن تعقد زواجاً ثانياً إلا بعد انقضاء عشرة أشهر ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة أو الفسخ وينقضى هذا الميعاد إذا وضعت المرأة بعد وفاة زوجها ، أو بعد فسخ عقد الزواج ، ويجوز للمجلس الملى أن يأذن بتنقيص هذا الميعاد متى ثبت له بصفة قاطعة من ظروف الأحوال أن الزوج السابق لم يعاشر زوجته منذ عشرة أشهر ولما كانت المجالس الملية قد ألغى أختصاصها فإن لمحكمة الأحوال الشخصية إنقاص مدة العدة فى الحالة السالف ذكرها ، وتحسب مدة العدة من تاريخ الوفاة أو تاريخ صدور الحكم النهائى بالطلاق أو بطلان الزواج .

٢ - عند السريان الأرثوذكس : لقد نصت طائفة السريان على عدة المرأة المتوفى عنها زوجها ، وهى عشرة شهور ميلادية ، أما المرأة التى انقضى

---

(١) أحكام الأسرة ص ١٤١ - ١٤٢ .

عقد زواجها بطلاق أو بطلان فلم تتعرض لعدتها . ولذا فعلى هذه المرأة أن تعتد بثلاثة قروء طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، لعدم ورود نص عند السريان الأرثوذكس بعدة هذه المرأة ، وباعتبار أن العدة أمر يجب الأخذ به فى النظام العام المصرى لمنع اختلاط الأنساب .

٣ - عند الأرمن الأرثوذكس : نصت المادة ١٢ من مجموعتهم على أنه لا يجوز للمرأة عقد زواج ثان قبل مضى ٣٠٠ يوم من تاريخ فسخ الزواج بتطليق أو بطلان أو وفاة الزوج ، ويجوز تنقيص هذه المدة إن ولدت المرأة بعد الوفاة أو الفسخ ، أو ثبت استحالة حصول اتصال زوجى بسبب غياب الزوج عن المرأة هذه المدة .

٤ - عند الروم الأرثوذكس : ذهبت هذه الطائفة إلى أنه يجب على الزوجة أن تعتد عشرة شهور ميلادية كاملة سواء توفى عنها زوجها ، أو أنقضى عقد زواجها بتطليق أو بطلان ، ولم يرد فى نصوصهم تقصير هذه المدة غير أنه إذا كانت المرأة حاملا ووضعت حملها لم يكن هناك ما يدعو إلى أختلاط الأنساب ، وبالتالى تنقضى العدة بالوضع .

الفصل الرابع :

فى شرائع الأمم القديمة

اليونان :

لقد فطن اليونانيون القدماء إلى الفرقة بين الزوجين بسبب العيوب والأمراض ، نجد هذا فى جوازهم للرجل طلاق زوجته إذا كانت عقيما ، لأن عقم الزوجة يعد عندهم سبباً كافياً لطلاقها ، لأن الغرض من الزواج عندهم هو إنجاب الأولاد[١] .

ولكن إذا كان عدم الأنجاب - كما رأينا - هو العلة الموجبة لطلاق الزوج لزوجته عند اليونان ، فهل يجوِّز اليونانيون للمرأة الطلاق إذا كان زوجها عقيما ؟

فى الحقيقة لا يعد عقم الزوج مسوغاً للزوجة طلب طلاقها من زوجها ، ولكن إذا كان الرجل عقيماً ، فإن القانون عندهم يجيز - والرأى العام يحبذ - أن يستعين الزوج فى هذه المهمة بأحد أقربائه ، ويكون الطفل المولود نتيجة لهذا الاتصال منسوباً للزوج نفسه ، وعليه أن يعنى بروحه بعد وفاته[٢] .

٢ - عند البابليين :

كذلك وجوَّز البابليون للرجل طلاق زوجته إذا كانت عاقرا ، أى عقيما[٣] .

كذلك أشارت شريعة حمورابى إلى ذلك حيث نصت فى المادة (١٣٨) على أنه « إذا طلق رجل زوجته التى لم تلد له أولاداً فعليه أن يدفع لها جميع الفضة التى كانت مهراً لزواجها ، ويعيد إليها بائنتها التى أعطاها أياها والدها من بيته ، ومن ثم له أن يطلقها[٤] » .

---

(١) انظر : قصة الحضارة لول ديورانت ٧ / ١١٥ .

(٢) نفسه ٧ / ١١٥ .

(٣) قصة الحضارة ٢ / ٣٣ .

(٤) شريعة حمورابى ص ٧٢ .

ثم زادت المادة (١٣٩) الأمر وضوحاً فقضت بأن الزوجة « إذا لم يك لها عند زواجها مهر معين ، فعلى الزوج أن يدفع لها مناقصته (أى ٦٩٨ غراماً ونصف غرام فضة » عندما يطلقها[١] .

بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه أنه يبدو لنا أن شريعة حمورابى لا تعامل الزوجة المريضة معاملة الزوجة العقيم ، وهذا يتضح لنا فى المادتين ١٤٨ ، ١٤٩ وهما : مادة ١٤٨ : إذا تزوج الرجل بامرأة ثم وقعت فى المرض وقرر أن يتزوج غيرها فله أن يفعل ذلك ، ولكن ليس له أن يطلق زوجته الأولى التى أصابها المرض أما هى فلها حق السكنى فى بيت زوجها الذى بناه ، وعليه أن يعيلها ما دامت فى قيد الحياة .

مادة ١٤٩ : وإذا كانت الزوجة المريضة غير راضية من سكناها وعيشها فى بيت زوجها فعليه أن يعيد إليها بائنتها التى أتت بها من بيت أبيها ولها أن تذهب إلى حيث شاءت[٢] » .

٣ - عندالهندوس :

نصت شريعة الهندوس على أنه يحق للرجل أن يطلق زوجته إذا ظهر له فيها عيب ، أو مرض ، أو أنها غير بكر ، أو أنها أعطيت له بخدعة ، فإذا ما أعطى امرؤ ابنته المعيبة بخدعة لأحد من الناس دون أن يصرح له بعيوبها ، ورضى هذا بها ، ثم ظهرت له عيوبها فله أن يرفضها[٣] .

وفى الجانب المقابل نصت هذه الشريعة على أن المرأة التى تنفر من زوجها لجنون فيه أو لأنه من الأسافل أو لأنه خصى أو عنين أو مصاب بأمراض جزاء آثام ارتكبها لا تسلب أموالها ولا تطرد[٤] .

---

(١) نفسه ص ٧٢ .　(٢) نفسه ص ٧٤ .

هذا وللزوج أن يتزوج - فى هذه الشريعة - على أمرأته المريضة فى أى وقت شاء ، أما زوجته العقيم فبعد ثمانى سنوات[1] .

---

(١) نفسه ص ٥٢١ .

الفصل الخامس

فى القوانين الوضعية

أولاً : القوانين العربيـة

فــى مصــر :

التفريق للعيب فىالرجل قسمان ، قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبى حنيفة ، وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله ، وهى عيوب : العنة والجب والخصاء وقسم جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكن معه للزوجة العيش مع زوجها إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص .

والقسم الأول باق الحكم فيه على مذهب أبى حنيفة حسبما جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠(١)

أما التفريق للعيوب المستحكمة فقد وردت بشأنه المواد التالية :

المادة ٩ - « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أو حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته وهى عالمة بالعيب ، أو حدث بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق » .

المادة ١٠ - « الفرقة بالعيب طلاق بائن » .

المادة ١١ - « يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها » .

---

(١) أنظر : الأحوال الشخصيه للمستشار الدجوى ١ / ٣٠٢ - ٣٠٣ .

ومناط تطبيق المادة التاسعة مقيد بالقيود الآتية :

١ - أن يكون العيب مستحكماً .

٢ - أن يكون البرء غير ممكن أو ممكنا بعد زمن طويل .

٣ - أنه لا يمكن للزوجة أن تقيم مع زوجها المعيب إلا بضرر إن هو أصيب بواحد من الأمراض الواردة فى المادة (جنون - جذام - برص) . أو غير ذلك ، إذ إن ما ورد بتلك المادة لم يرد على سبيل الحصر للأمراض ، إنما ورد على سبيل المثال ، إذ ورد فى المادة لفظ كالجنون ، أى مثل الجنون .

٤ - أن يكون ما حاق بالزوج قد ألم به قبل العقد ، ولم تكن الزوجة تعلم به .

٥ - أن يحدث بعد العقد ، ولا ترضاه الزوجة صراحة أو دلالة .

هذا ويري بعض الباحثين أن هذا القانون(١) :

١ - أبقى حق الفرقة بالعيب للمرأة دون الرجل ، وكان من العدل أن يجعل له حق الفسخ بكل عيب دُلِّس عليه فيه عند العقد حتى لا يتَّخذ التدليس والخداع وسيلة للحصول على المال ، فأما العيوب الحادثة بعد العقد فيكفيه لدرء ضررها ما يملك من حق الطلاق وهذه الحالة هى التى تستحق المرأة فيها الستر عليها وعدم التشهير بها وهو مذهب المالكية .

٢ - ذكر العيوب التى تبيح الفرقة بوصفها عيوباً مستحكمة لا يمكن البرء منها ، أو يمكن بعد زمن طويل مع تضرر المرأة بها ، وسوّى بين ما كان

---

(١) الفرقة بين الزوجين للمرحوم الشيخ على حسب الله ص ١٢٨ - ١٣٠ ، ص ١٣٢ وكذلك أشار الى بعض هذه الملاحظات المرحوم محمد يوسف موسى ، فراجع كتاب أحكام الأحوال الشخصية فى الفقة الإسلامى » ص ٢٢٥ - ٢٣٦ ، وكذلك الأستاذ الدكتور زكريا البرى فى كتابه « الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية فى الفقه والقانون الوصفى .

منها قبل العقد وما حدث بعده ، فوضع بهذا قاعدة تعتبر أساساً للتوسع فى العيوب المبيحة للفرقة كما قال ابن القيم ، وإن خالفه فى العيوب الحادثة بعد العقد ، ولكنه لم يحدد الزمن الطويل الذى يعتبر البرء من العيب فيه بعيدا ، وكان حرياً به أن يحدده بسنة بناء على المأثور فى التأجيل حتى لا يوقع القضاء فى حيرة .

٣ - ذكر العيوب الثلاثة التى قال بها محمد ووافقه عليها الأئمة الثلاثة - كأمثلة لتلك القاعدة ، فبدا للباحث هنا احتمالان :

أولهما : أن يكون قد أراد بهذا التمثيل أن يقصر المادة على ما يراد اعتباره من العيوب التى لم تكن معتبرة من قبل ، فتكون العيوب التناسلية الثلاثة المتفق عليها خارجة عن حكم هذاالقانون ، ويبقى العمل فيها على ما كان عليه قبله ، فلا فرقة بها إذا حدثت بعد الدخول ، ويفرق بها بائناً إذا حدثت قبله بعد أن يؤجل الحكم فى العنة والخصاء دون الجب .

وقد يرشح لهذا الاحتمال سكوت المادة عن حكم التأجيل ، وكان من المناسب مع هذا أن يمثل بعيب خارج عن دائرة العيوب الستة المعتد بها عند الحنفية تقريرا لعموم القاعدة .

ثانيهما : أن يكون قد أراد دخول العيوب التناسلية فى القاعدة بحكم عمومها فيكون حكم هذه العيوب إذا حدثت بعد الدخول كحكم كل عيب حدث بعده ، وكحكمها هى إذا كانت قائمة قبله ، فإنه لا فرق فى الواقع بين تضرر المرأة بعيب سابق على الدخول ، وتضررها بعيب حادث بعده كما قال أبو ثور ، وربما كان التضرر بالحادث بعده أشد وأقسى .

وقولهم : إن حق المرأة فى المتعة يسقط بالوصول إليها ولومرة لا يقوم على اساس . لأن الله تعالى شرع الفرقة بالإيلاء دون التقيد بعدم الوصول اليها قبله ، وجوّز الفقهاء الفرقة بالغيبة خوف الفتنة وخشية الوقوع فى الزنا

من غير تقييد (بانتفاء دخول سابق وعلى هذا الاحتمال يكون التمثيل بالعيوب الثلاثة التى ذكرتها المادة قاصراً وموهما غير المراد ، وكان الأولى - ليكون النص صريحاً فى هذا المعنى - أن يمثل بأحد العيوب التناسلية ، ثم بأحد العيوب التى ذكرها ثم بعيب آخر غير العيوب الستة كالسل مثلا ، لتكون الأمثلة مطابقة للعموم المقصود فى القاعدة .

وعلى كلا الاحتمالين كان على واضع القانون - وقد أقر الفرقة بعيوب من غير مذهب الحنفية - أن يبين حكم التأجيل فى هذه العيوب ، وهل يطبق عليها مذهب الحنفية ، أم يطبق عليها مذهب غيرهم ، ولا يترك القضاة حائرين بين هذه المذاهب .

٤ - أباح للقضاة الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء ، ومعنى هذا أن يسأل الطبيب عن مدى الضرر المتوقع من المرض ، وعن إمكان البرء منه وعدم إمكانه ، وعن المدة التي يمكن البرء منه ، ولكنه لم يعين المدة الطويلة كما تقدم ولم يبين للقاضى ما يبنيه على قرارات الطبيب المختلفة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل . وكان حرياً به أن ينص على أن القاضى يؤجل الحكم سنة إذا قرر الطبيب إمكان البرء من المرض في أقل من سنة ، ويفرق في الحال إذا قرر غير ذلك .

٥ - أبقى القانون الفرقة بالعيب كما كانت من قبل طلاقاً بائنا ، وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية ، وقد علمت رجحان قول الشافعية والحنابلة بأنها فسخ لا ينقص عدد الطلقات ، وعرفت ملاءمته لمصلحة الأسرة .

٦ - لقد نص فى المادة ١٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أن « الفرقة بالعيب طلاق بائن » والتفريق بالعنة وأخويها طلاق بائن عند الحنفية سواء أقلنا بدخولها فى المادة أم بعدم دخولها فيها ، وقد صدر

القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنص فى مادته الخامسة على أن « كل طلاق يقع رجعياً » إلا ما استثنى ، والعنة وأخواها على اعتبارها خارجة عن حكم القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وغير مستثناة من حكم المادة ٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يكون الطلاق بها رجعياً . وهذه ناحية ضعف فى القانون ، كان ينبغى تلافيها ، إما بإدخال العنة واخويها قطعاً فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، لتكون مستثناة من حكم المادة ٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، أو باستثنائها نصاً من هذه المادة ، لأنه لا يعقل أن يكون التفريق بذلك طلاقا رجعياً .

ما جاء فى مشروع القانون خاصاً بهذا :

أولاً : أحكام العنة

لقد نص المشرع فى الفصل الخاص بالتطليق بالعنة على ما يأتى :

مادة ١٣٢ أ – للزوجة أن تطلب التفريق إذا وجدت زوجها عنيناً بالنسبة لها ، ولم تكن عالمة بحاله وقت الزواج ولم ترض به ولا يبطل حقها بالتراخى .

ب – فإذا أقر أنه لم يصل إليها أجلته المحكمة سنة قمرية من يوم الخصومة ، لا يحتسب منها مدة العذر المقبول ، فان لم يصل إليها فى الأجل وعادت تطلب التفريق أمرته المحكمة بطلاقها ، فإن أبى فرقت بينهما .

ج – وإذا أنكر الدعوى وأدعى الوصول إليها وهى ثيب حين تزوجها أو كانت بكراً وثبت أنها صارت ثيباً يصدق الزوج بيمينه ، فإن حلف حكم برفض الدعوى وإن ثبت أنها بكراً أو نكل حكمت المحكمة بتأجيله السنة .

وإذا اختلفا بعد التأجيل وهى ثيب حين تزوجها أو كانت بكراً وثبت أنها صارت ثيبا يصدق الزوج بيمينه ، فإن حلف حكم برفض الدعوى وإن

ثبت أنها بكر أو نكل خيرتها المحكمة فإن اختارت الفرقة فى المجلس حكم بالتفريق ، وإن أختارت زوجها ولو دلالة حكم برفض الدعوى .

م ١٣٣ (أ) = للزوجة أن تطلب التفريق للعنة الطارئة إذا لم يصل إليها الزوج مدة سنة قمرية ، وإذا ثبت أن المدة أقل من سنة أجلت المحكمة الدعوى إلى ما يكمل السنة .

ب = على المحكمة أن تبعث الحكمين ويتبع فى شأنهما وتحديد مهمتهما والقيام بعملهما وما ينتهيان إليه ، وفى اتفاقهما أو اختلافهما جميع ما نص عليه فى التطليق للإضرار .

م ١٣٤ = التفريق للعنة بنوعيها طلاق بائن .

الشرح : وقول المادة « عنيناً بالنسبة اليها » يؤخذ منه أنها أخذت بالعنة النفسية وهى أن يكون الرجل عنيناً بالنسبة لامرأة بعينها وغير عنين بالنسبة لأخرى . وقول المادة أن حق المرأة فى التطليق للعنة لا يبطل بالتراخى هو قول حق لأن سكوت المرأة عن طلب التطليق فترة ما قد يكون مرجعه أملها فى شفاء زوجها من علته وتحدثت الفقرة الثانية من المادة ١٣٢ على ما يتبع فى حالة إقرار الزوج بأنه لم يصل إلى زوجتة فقالت ان على المحكمة أن تؤجل الدعوى سنة قمرية من يوم الخصومة لا يحسب منها مدة العذر المقبول . فإذا لم يصل إليها فى الأجل وعادت تطلب التفريق أمرته المحكمة بطلاقها فإن أبى فرقت بينهما . وإذا أنكر الدعوى وادعى الوصول إليها وهى حين تزوجها كانت بكراً وثبت أنها صارت ثيباً يصدق الزوج بيمينه فإن حلف حكم برفض الدعوى وإن ثبت أنها بكر أو نكل حكمت المحكمة بتأجيله السنة وإذا اختلفا بعد التأجيل وهى ثيب حين تزوجها أو كانت بكراً وثبت أنها صارت ثيباً يصدق الزوج بيمينه فإن حلف حكم برفض الدعوى وإن ثبت أنها بكر أو نكل خيرتها المحكمة فإن اختارت الفرقة فى المجلس حكم بالتفريق وإن اختارت

زوجها ولو دلالة حكم برفض الدعوى .

ويبين من ذلك أن المشرع أخذ بالتفرقة فى الحكم بين البكر والثيب مع أنها تفرقة كما سلف لنا القول لا تقوم على أساس سليم كما أخذ بمذهب أبى حنيفة فى الإثبات إذ ربط بين حكم العنة عند أبى حنيفة ووسيلة الإثبات عنده مع أنه لا تلازم ولا ترابط إذ التفريق للعنة قالت به المذاهب الأربعة وغير المذاهب الأربعة وقواعد الأثبات - فيما عدا ما ورد فى القرآن الكريم خاصاً بها - ليست من القواعد الأصولية للدين بل هى من أجتهاد الفقهاء وقد سبق أن عرفنا أن إماماً مقتدراً واسع الأفق هو ابن القيم قال بجواز شهادة غير المسلم على المسلم عند الضرورة مخالفاً بذلك المذاهب الأربعة وفقيهاً آخر هو الفقيه ابن الحموى وهو من فقهاء الأحناف قال بجواز شهادة النساء فى القتل الموجب للدية إذا لم يكن فى مكان القتل شهود من الرجال والإمام أبى حنيفة نفسه قال باثبات الجب برأى أهل الخبرة وقال باثبات العنة والخصاء بالثقات من النساء . أفبعد هذا كله نعتمد فى الإثبات على يمين نوجهها للزوج المدعى عليه وهو مجروح بطلب التطليق من زوجته المبنى على نقص فى رجولته وفى هذا العصر الذى فشا فيه الزور وفسدت فيه الذمم لضعف الوازع الدينى ذلك الوازع الذى كان قوياً وقت أن وضع الفقهاء قواعد الإثبات ولهذا نرى أن تثبت العنة بقول أهل الخبرة وهم الأطباء ولا بأس من أن يعزز رأيهم ويكمل باليمين المتممة التى توجهها المحكمة إلى من ترى من الخصمين .

وقد تكلمت المادة ١٣٣ على حكم العنة الطارئة أى التى تطرأ على الزوج أثناء الحياة الزوجية وبعد أن كان الزوج سليماً قادراً على قربان زوجته وقالت إن للزوجة أن تطلب التفريق لهذه العنة الطارئة إذا لم يصل الزوج إليها مدة سنة قمرية وإذا ثبت أن المدة أقل من سنة أجلت المحكمة

---

(١) انظر : الأحوال الشخصية للدجوى ١ / ٣٠٤ - ٣٠٥

الدعوى إلى ما يكمل السنة ولم تبين المادة طريق إثبات هذه العنة الطارئة وهل هو توجيه اليمين إلى الزوج أم هو رأى أهل الخبرة وأياً كان الأمر فان من رأينا أن العنة حتى ولو كانت طارئة لا تثبت إلا برأى الأطباء مع إتمام رأيهم باليمين التي توجهها المحكمة لمن تشاء من الزوجين.

ثانياً :الأحكام الخاصة بالتفريق للعيوب الأخرى :

لقد أعتبر المشرع التفريق للعيوب الأخرى فسخاً . ونص على ذلك فى المواد ١٤٨/١٤٦ وهاك نصها :

المادة ١٤٦ = لكل من الزوجين أن يطلب التفريق إذا وجد بالأخر عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكن المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء أكان ذلك العيب قائماً قبل العقد ولم يعلم به الطالب ، أم حدث بعد العقد ولم يرض به ، فإن تم الزواج وهو عالم بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضى به صراحة أو دلالة بعد العلم فلا يجوز له أن يطلب التفريق .

المادة ١٤٧ = التفريق للعيب فسخ .

المادة ١٤٨ = يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها.

هكذا خالف المشرع المذهب الحنفى ، فاعتبر أن من حق كل من الزوجين أن يطلب التفريق للعيب كما هو مذهب الجمهور ، ولم يقصر ذلك على الزوجة فقط كما هو المطبق قضائياً فى اعتباره طلاقا بائنا ، ونص أن التفريق يكون فسخاً .

ونصت المذكرة التفسيرية « لما كان الزوج يصيبه ما أصاب الزوجة من غبن وضرر عند وجود العيب المستحكم . ولا وجه للإبقاء على انفراد الزوجة

بحق طلب التفريق وقد أثبت خيار الفسخ لكل منهما إذا وجد عيبا فى الآخر كل من عمر وابنه وابن عباس وزيد وأحمد والشافعى وإسحق .

والفسخ يعفى الزوج من بعض التبعات المالية ولا ينقص شيئاً من عدد الطلقات ، لذلك رئى من التيسير والعدل إعطاء الزوج حق التفريق للعيب ، وأن تكون الفرقة به فسخاً[١] .

فــى الســودان :

كان العمل فى السودان جارياً على مذهب أبى حنيفة ، فلا تفريق إلا بعيوب التناسل الثلاثة مع تأجيل الحكم بالفرقة سنة فى العنة والخصاء دون الجب ، حتى صدر المنشور الشرعى رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٧م . والمنشور الشرعى رقم ٤١ لسنة ١٩٣٥م .

أولاً : المنشور الشرعى رقم ٢٨ نص فى مادتين منه على ما يأتى :

مادة ٢ : تسمع المحاكم الدعوى بطلب الزوجة الفرقة من زوجها لعيب أو مرض مستحكم لا يرجى برؤه ، أو يرجى بعد زمن طويل ولا يمكن المقام معه إلا بضرر ، كالجنون والجذام والبرص والسل ، سواء أكان العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به المرأة ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها به فلا يجوز التفريق به ، والفرقة التى يحكم بها القاضى بناء على هذا طلاق بائن .

مادة ٤ : ترجع المحاكم فى فهم حالة المريض وتقدير مرضه إلى رأى الأطباء .

ثانياً : المنشور الشرعى رقم ٤١ فقد نص فى المادة الخامسة منه على أن الطلاق بالعنة يكون بائناً عملاً بمذهب أبى حنيفة رضى الله عنه .

---

(١) أحكام الأسرة فى الإسلام د . سلام مدكور ٢ ٢٠٨ .

هكذا وافق المنشور السودانى القانون المصرى فى نقطتين .

أ - التفريق بسبب العيوب أو الأمراض يكون للزوجة دون الزوج ، وهذا هو مذهب الأحناف .

ب - نوع هذه الفرقة طلاق بائن .

بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه أن ثمة فرقا بين المنشور السودانى والقانون المصرى وذلك فى نقطتين أيضاً :

أ - زاد المنشور كلمة « أو مرض » بعد كلمة عيبه ، على حين اكتفى القانون بكلمة « عيب » .

ب - أضاف المنشور إلى العيوب التى ذكرها القانون المصرى (الجنون والجذام والبرص) مرضاً آخر وهو السل .

فى لبنـان :

ذكر التشريع اللبنانى للأحوال الشخصيه التفريق للعيوب فى المواد من ١١٩ إلى ١٢٥ منه تحت عنوان« فى خيار التفريق » وهاك نصها :

المادة ١١٩ = « إذا اطلعت المرأة السالمة من عيوب المقاربة أن زوجها مصاب بعلة من تلك العلل فلها أن تراجع الحاكم وتطلب الفراق . أما المرأة المبتلاة بأحد العيوب المذكورة فلا يجاب طلبها ، وليس للزوجة التى قاربها الزوج حق الخيار بسبب عيب من هذا القبيل » .

المادة ١٢٠ = « إذا طلعت الزوجة قبل النكاح على عيب الزوج ما عدا العنة أو رضيت بعد النكاح بأى عيب كان يسقط حق خيارها إنما لا يسقط الاطلاع على العنة قبل النكاح حق الخيار » .

المادة ١٢١ = « إذا راجعت الزوجة الحاكم حسب المواد السابقة ينظر ، فإن كانت العلة غير قابلة للزوال فالحاكم يفرق بينهما بالحال ، وإن كانت

قابلة للزوال فالحاكم يمهل الزوجة مدة سنة اعتباراً من زمن الحادثة ، أو من وقت إفاقته إن كان مريضاً ، وإذا مرض الزوج أو الزوجة مدة قليلة أو كثيرة بدرجة لا يمكن فيها المقاربة أو تغيب الزوجة فلا تحسب المدة المارة على هذه الصورة وأما غياب الزوج وأيام حيض الزوجة فتحسب . وإذا لم تزل العلة لظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة على طلبها يفرق الحاكم بينهما ، وإذا ادعى الزوج المقاربة سواء كانت فى بداية الحادثة أو نهايتها ، فإن كانت الزوجة ثيباً فالقول قول الزوج مع اليمين ، وأن كانت بكرا فالقول قولها بلا يمين » .

المادة ١٢٢ = « إذا اطلعت الزوجة بعد النكاح أن الزوج معتل بعلة لا يمكن الإقامة بها معه سوية بلا ضرر كالجذام والبرص وعلة الزهرى أو حدثت به أخيراً فلها أن تراجع الحاكم وتطلب التفريق ، والحاكم يرى أن كان يوجد أمل بزوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة ، وإذا لم تزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق ، وأصرت الزوجة أيضاً على طلبها يحكم الحاكم بالتفريق ، ووجود أحد العيوب فى الزوج كالعمى والعرج لا توجب التفريق » .

١٢٣ = « إذا جن الزوج بعد عقد النكاح وراجعت الزوجة وطلبت التفريق الحاكم يؤجل التفريق سنة ، وإذا لم يزل الجنون بظرف هذه المدة ، وأصرت الزوجة يحكم بالتفريق » .

١٢٤ = « خيار الزوجة فى الظروف التى لها الخيار ليس من الضرورى أن يكون على الفور ، فلها أن تؤخر الدعوى مدة ، ولها أن تتركها مدة بعد إقامتها » .

١٢٥ = « إذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق بموجب المواد السابقة فليس للزوجة حق الخيار فى الزواج الثانى » .

هذه هى نصوص المواد التى نص عليها قانون حقوق العائلة فى لبنان ولعله من المفيد هنا أن أضع يديك على ما ذكره بعض شراح هذا القانون حتى يزيد الأمر وضوحاً وتفصيلاً .

يقول الدجوى : « واشترط – أى التشريع اللبنانى ـ لكى تطلب المرأة التفريق لعيوب المقاربة عند الرجل أن تكون هى نفسها سالمة من تلك العيوب ، أما إذا كانت مبتلاة بأحد تلك العيوب فلا يجاب طلبها للتفريق ، كما أشترط لقبول طلبها التفريق لعيوب المقاربة عند الرجل أن تكون هذه العيوب قائمة من مبدأ الزوجية ، أما العيوب الطارئة بعد الزواج فلا تبيح التفريق ، إذ قضت المادة ١١٩ صراحة على أنه ليس للزوجة التى قاربها الزوج حق الخيار بسبب عيب من عيوب المقاربة .

كما أن التشريع اللبنانى أسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لعيوب المقاربة إذا كانت قد اطلعت عليها قبل الزواج واستثنى من ذلك عيب العنة ، فنص على أن أطلاع الزوجة على عيب العنة قبل الزواج لا يسقط حقها فى طلب التفريق ، وفى هذا يختلف التشريع اللبنانى عن التشريع المصرى الذى يسقط حق الزوجة فى التطليق إذا كانت قد اطلعت أو علمت بعيب العنة قبل الزواج ، ولكن رضاء الزوجة بعد الزواج بعيوب المقاربة ومنها عيب العنة يسقط حقها فى التطليق ، وفى هذه النصوص ما يدل على أن الشارع اللبنانى يقصد بعيوب المقاربة عيوباً اخرى غير العنة وإن كان منها عيب العنة .

كذلك نص التشريع على أنه إذا تبين للقاضى أن العلة غير قابلة للزوال حكم بالتطليق ، وإن تبين له أنها قابلة للزوال أمهل الزوج سنة اعتباراً من تاريخ الحادثة ، فإذا لم تزل العلة بعد انقضاء تلك السنة طلق القاضى على الزوج .

هذا ولم يذكر المشرع شيئاً عن وسيلة الإثبات ، بل تركها للقواعد

العامة ولتقدير القضاء ، ثم نص التشريع على التفريق إذا تبين للزوجة بعد الزواج أن الزوج مبتل بعلة لا يمكن الإقامة بها معه بلا ضرر كالجذام والبرص والزهرى ، أو حدثت هذه العلة بعد الزواج ، ولكن فى هذه الحالة يمهل القاضى الزوج سنة واحدة على أمل شفائه ، فإن لم يشف بعد تلك السنة يحكم القاضى بالتفريق .

كذلك نص التشريع صراحة على أن وجود أحد العيوب كالعمى والعرج لا توجب التفريق ، وإذا جن الزوج بعد عقد الزواج وطلبت الزوجة الطلاق يؤجل القاضى التفريق سنة ، فإذا لم يزل الجنون فى هذه المده حكم بالتفريق ، وإذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق لأى علة من العلل فليس للزوجة حق الخيار فى الزواج الثانى ، أى لا يقبل منها طلب التفريق فى الزواج الثانى[1] .

فى سوريا :

لقد نص القانون السورى على التفريق للعلل الجنسية فقط دون العلل المنفرة أو الضارة أخذاً برأى أبى حنيفة وأبى يوسف خلافاً لجمهور العلماء ، وذلك فى المواد التالية :

مادة ١٠٥ = للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها فى الحالتين التاليتين :

أ - إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هى منها .

ب - إذا جن الزوج بعد العقد .

مادة ١٠٦ = يسقط حق المرأة فى طلب التفريق بسبب العلة المبنية فى

---

(١) الأحوال الشخصية للدجوى ٣٠٦/١ - ٣٠٧ كذلك انظر الأحوال الشخصية د . عبد العزيز عامر ص ٣١٨ - ٣٢٠ .

المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد ، أو رضيت بها بعده ويستثنى من هذا حق التفريق بسبب العنة ، إذ قرر أنه لا يسقط بحال .

مادة ١٠٧ = إذا كانت العلل المذكورة فى المادة (١٠٥) غير قابلة للزوال يفرق القاضى بين الزوجين فى الحال ، وإن كان زوالها ممكنا يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة ، فإذا لم تزل العلة فرق بينهما .

مادة ١٠٨ = التفريق للعلة طلاق بائن .

فى العـراق :

أورد التشريع العراقى للأحوال الشخصية التفريق للعل فى المادة (٤٤) التى نصت على « أنه إذا وجدت الزوجة زوجها عنيناً أو مبتلى بما يمنع البناء بها فلها أن تطلب إلى المحكمة التفريق وأنه إذا اطلعت الزوجة بعد العقد أن زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجذام والبرص والسل والزهرى والجنون أو أصيب أخيراً بعلة من هذه العلل فلها أن تطلب التفريق ، وأنه إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبى أن العلة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال العلة ، وللزوجة أن تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل ، وإذا وجدت المحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها حكمت بالتفريق ».

هذا ولقد لاحظ بعض شراح هذا القانون « أنه ترك أمر إثبات العلل ومنها العنة للأطباء وهذا حسن ، كما أنه لم يحدد مدة التأجيل على أمل زوال العنة بسنة كما فعلت التشريعات المصرية ، والسورية واللبنانية ، بل أطلق المدة المذكورة ، وهذا حسن أيضاً ، وأخيراً فإنه اعطى للزوجة حق الأبتعاد عن زوجها مدة التأجيل ، وذلك حرصاً على سلامتها حتى لا تنتقل اليها العدوى أو حتى لا تتأذى من معاشرة مجنون [١]» .

---

(١) الأحوال الشخصية للدجوى ١ / ٣٠٧ .

فى تونس :

لم يورد التشريع التونسى أحكاماً للتطليق للعلل أو الغيبة أو الحبس أو لعدم الإنفاق ، واعتبر هذه الاشياء مندرجة تحت الاضرار التى تجيز لأحد من الزوجين طلب التفريق[١]

---

(١) الأحوال الشخصية للمستشار الدجوى ١ / ٣٠٨

ثانياً : فى القوانين الأجنبية

فـى أسبانيـا[١] :

نص المشرع الأسبانى على أن الرابطة الزوجية تنحل طبقاً للقانون الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٣٢ بالحكم النهائى بالطلاق بين الزوجين مهما كانت الجهة المدنية أو الدينية التى عقدته .

ثم ذكر أسباب الطلاق ، ومن بينها المادة الثالثة التى تنص على .

فقرة تاسعة : المرض التناسلي الخطير الذى يصيب أحد الزوجين فى أثناء الزواج أو قبل انعقاده ، ويكون قد خفى على الطرف الآخر .

فقرة عاشرة : المرض الخطير الذى يؤدى إلى تعذر القيام بالواجبات الزوجية .

فقرة ١٣ : إصابة أحد الزوجين بخلل فى قواه العقلية لا يرجى معه الشفاء .

فـى ألمانيـا[٢] (٢١) :

نص المشرع الألمانى على أن المرض يعد سبباً من أسباب الطلاق ، وذلك فى المواد التالية :

المادة ٤٤ : إذا أصيب أحد الزوجين بخلل في قواه العقلية أدى إلى انفصام رباط الزوجية انفصاماً بالغاً بحيث لا يتصور معه دوام المعيشة بين الزوجين .

المادة ٤٥ : إذا أصيب أحد الزوجين بمرض عقلى بليغ يؤدى إلى زوال الوفاق بين الزوجين زوالاً نهائياً .

---

(١) انظر : الأحوال الشخصية للأجانب فى مصر ص ٥٢ - ٥٣ .

(٢) نفسه ص ٥٩ .

المادة ٤٦ : إذا أصيب أحد الزوجين بمرض عضال معد أو تعافه النفس وتعذر تحديد مدة شفائه منه .

هذا ولعله من المفيد هنا أن نشير إلى أن هذا القانون أوضح ميعاد رفع دعوى الطلاق وذلك فى خلال عشر سنوات من تاريخ حصول الواقعة المبنى عليها دعوى الطلاق (المادة ٥٠ فقرة ٢)[١] .

فـى بريطانيـا :

صدر فى أنجلترا فى سنة ١٩٣٧ تشريع جديد بشأن الطلاق جاء بتعديلات جوهرية فى الأنظمة القانونية السابقة ، إذ اباح الطلاق فى حالات لم تكن جائزة من قبل ، فنص على أنه يجوز للزوجين أن يطلبوا الطلاق فى الأحوال الآتية ، وذكر منها :

– إذا أصاب أحد الزوجين خلل فى قواه العقلية .

بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه أن القانون الجديد نص على عدم جواز رفع دعوى الطلاق إلا إذا انقضت خمس سنوات على تاريخ انعقاد الزواج فى حالة ضعف القوة العقلية[٢] .

فـى بولنـدا :

جوز القانون البولندى طلب الطلاق فى الأحوال الآتية :

– إذا كان أحد الزوجين مصاباً بمرض تناسلى معد أو كان خطراً على زوجه أو على نسله (المادة ٢٤ فقرة ٩) .

– إذا كان أحد الزوجين مصاباً بمرض فى قواه العقلية منذ أكثر من سنة (المادة ٢٤ فقرة ١٠) .

---

(١) نفسه ص ٥٩ .

(٢) نفسه ص ١٢٠ .

- إذا كان أحد الزوجين مصاباً بعيب تناسلى ، وكان عمره لا يتجاوز خمسين سنة (المادة ٢٤ فقرة ١١)[١] .

فى تشيكوسلوفاكيا :

نص القانون التشيكوسلوفاكى رقم ٣٢٠ الصادر فى ٢٢ مايو سنة ١٩١٩على الحالات التى يجوز فيها طلب الطلاق ، ومنها :

إذا أصيب أحد الزوجين بمرض فى قواه العقلية ، مستمراً كان أو منقطعاً بشرط أن تدوم هذه العاهة أكثر من ثلاث سنوات ، أو أصيب بانحطاط عقلى بالغ وراثياً كان أم طارئاً ، ويدخل فى ذلك الهستيريا الجسمية والإدمان على المسكرات أو المخدرات بشرط أن يدوم أكثر من سنتين ، أو إذا أصيب بتشنج عصبى يدوم سنة علي الأقل بشرط أن تتكرر هذه الحالة خمس مرات على الأقل سنوياً ، أو إذا اقترن بها مرض عقلى (المادة ١٣ الفقرة السادسة)[٢] .

فى السويد :

يقع الزواج فى القانون السويدى باطلاً بطلاناً كلياً فى الأحوال التالية :

- زواج المريض فى قواه العقلية .
- زواج المصاب بمرض تنفر منه النفس أو بمرض خفى .
- زواج المصاب بعيب تناسلى[٣] .

فى سويسرا :

نص القانون السويسرى الصادر فى ١٠ ديسمبر ١٩٠٧ على أنه يجوز

---

(١) نفسه ص ١٣٨ .

(٢) نفسه ص ١٤٨ .

(٣) نفسه ص ١٧٢ .

الطلاق عند أصابة أحد الزوجين بمرض فى قواه العقلية يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية بشرط أن تستمر هذه الحالة ثلاث سنوات على الأقل ، ويقرر بعدها أهل الخبرة أنه لا يمكن البرء منه (المادة ١٤١)[١]

كذلك نص هذا القانون على أن الزواج يقع باطلاً بطلاناً كليا وفق المادة ١٢٠ وذلك إذا كان أحد الزوجين فى أثناء انعقاد الزواج مصاباً بمرض فى قواه العقليه ، أو كان عديم التميز بصفة مستديمة[٢] .

هذا ولعل من المفيد هنا أن نشير إلى أن هذا القانون أوضح أنه لا تقبل دعوى الطلاق للمرض العقلى قبل مضى ثلاث سنوات من إصابة المريض به (المادة ١٤١) .

فى المجر :

ذهب المشرع المجرى إلى أنه لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق إذا أصاب الطرف الأخر مرض مستعص فى قواه العقلية استطال ثلاث سنوات فى أثناء الزواج ، متواصلاً كان هذا المرض أو منقطعاً (المادة ٥ من المرسوم رقم ٦٨٠٠ لسنة ١٩٤٥[٣] » .

فى النمسا :

نص القانون النمساوى على جواز الطلاق لأسباب متعددة منها :

المادة ٥٠ - إذا أصيب أحد الزوجين بخلل فى قواه العقلية أدى إلى اضطراب فى العلاقات الزوجية تتعذر معه مواصلة الحياة الزوجية » .

المادة ٥١ - إذا اصيب أحد الزوجين بمرض عقلى بالغ بحيث أدى إلى

---

(١) نفسه ص ١٧٦ .

(٢) نفسه ص ١٧٥ .

أنتفاء التفاهم الروحى بين الزوجين ولا ينتظر إمكان إعادتة .

المادة ٥٢ – إذا أصيب أحد الزوجين بمرض عضال معد أو تنفر منه النفس ولا يؤمل برؤه أو زوال خطره فى خلال مهلة معقولة[١] » .

فـى يوغوسلافيـا :

نص القانون اليوغسلافى على أن من أسباب الطلاق بالتقاضى : إذا أصاب أحد الزوجين مرض فى قواه العقلية لا يمكن البرء منه ، أو أصبح عديم التمييز بعد عقد الزواج[٢]

فـى اليونـان :

لقد ذكر المشرع اليونانى من أسباب الطلاق ما يلى :

المادة ١٤٤٣ – إذا أصاب أحد الزوجين جنون استطال أربع سنوات فى أثناء الزواج .

المادة ١٤٤٤ – إذا أصيب أحد الزوجين بداء البرص .

المادة ١٤٤٦ – إذا أصاب أحد الزوجين عيب تناسلى ، وثبت وجود هذا العيب ولم يعلم به طالب الطلاق واستمر ثلاث سنوات منذ عقد الزواج إلى حين رفع الدعوى[٣].

---

(١) نفسه ص ٢٣٦ .

(٢) نفسه ص ٢٤٨ .

(٣) نفسه ص ٢٥٢ – ٢٥٤ .

الفصل السادس :

الصيغ والأحكام

أولاً : الصيغ

أ - الصيغ الخاصة بالمسلمين

صيغة دعوى طلاق للعنة[١]

إنه فى يوم ...

بناء على طلب السيدة ..... والمتخذة لها محلاً مختاراً ..... مكتب الأستاذ ..... المحامى

أنا محضر محكمة ..... قد أنتقلت وأعلنت ......

الموضوع :

تزوجت الطالبة المعلن إليه بالعقد الصحيح الشرعى بتاريخ ١٥ يناير ١٩٨٣ وقد مر على زواجهما أكثر من عام ولكنها وجدته عنيناً لا قدرة له على إتيان النساء وحاول إزالة بكارتها ولم يستطع ذلك لما كان ذلك وكان المشرع قد نص فى المادة ٩ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أن للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ، وإذا كان ذلك ولا ترضى المدعية المقام مع زوجها وهو فى هذه الحالة إذ أن ذلك يسبب لها ضرراً وهى لا تزال فى عنفوان شبابها ويخشى عليها من الفتنة ، وقد طالبته بأن يطلقها فلم يقبل بدون حق ، الأمر الذى سعت من أجله للحكم لها بطلباتها .

لذلك

تدعى بما ذكر وتطلب الحكم لها عليه بتطليقها منه طلقة بائنة وأمره بعدم التعرض لها فى أمور زوجيتها مع إلزامه بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة .

بنــاء عليه

أنا محضـر ....

(١) انظر : موسوعة الأحوال الشخصية ٢٦٧/١ ، وكذلك انظر : الصيغ القانونية ص

صيغة دعوى طلاق للمرض[١]

(الجنون - الجذام - البرص)

إنه فى يوم .....

بناء على طلب السيدة .... والمتخذة لها محلاً مختاراً .... مكتب الأستاذ .... المحامى

أنا محضر محكمة .... وقد أنتقلت وأعلنت .....

الموضوع :

تزوجت الطالبة المعلن إليه بالعقد الصحيح الشرعى بتاريخ / / ١٩٨ ولكنها أكتشفت أنه مريض بمرض (يذكر المرض) .

وإذا كان المشرع قد نص فى المادة ٩ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أن للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر (كالجنون أو الجذام أو البرص) .

وإذا كان الزوج المدعى عليه مريض بمرض (يذكر المرض) الأمر الذى سعت من أجله للحكم لها بطلباتها .

لذلك

تدعى عليه بما ذكر وتطلب الحكم لها عليه بتطليقها منه طلقة بائنة وأمره بعدم التعرض لها فى أمور زوجيتها مع إلزامه المصاريف ومقابل أتعاب المحاماة .

بناء عليه

أنا المحضــر ....

---

(١) موسوعة الأحوال الشخصية ٢٦٨/١ .

ب - الصيغ الخاصة بغير المسلمين :

صيغه دعوى تطليق للمرض[١] .

إنه في يوم ....

بناء على طلب السيدة / ..... وتقيم .... ومحلها المختار مكتب الأستاذ المحامى ....

أنا .... محضر محكمة .... قد إنتقلت إلى حيث إقامة السيد .....ويقيم .....

وأعلنته بالآتى

المعلن إليها زوجة للطالب وهما يتبعان طائفة الأقباط الأرثوذكس وقد دخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج إلا أنه أصيب بمرض .. منذ أكثر من ثلاث سنوات رغم العلاج المستمر دون تحقق الشفاء ، وهو من الأمراض المعدية ، ويخشى منه على سلامتها بالأضافة إلى أنه أصبح عاجزاً عن القيام بواجب الزوج فلم يقربها طوال هذه المدة حتى توترت أعصابها ، وهى ما تزال شابة فى مقتبل العمر وتخشى على نفسها الفتنة وتتضرر من ذلك وتطلب تطليقها منه عملاً بالمادة ٥٤ من شريعتها .

بناء عليه :

أنتقلت أنا المحضر سالف الذكر إلى إقامة المعلن إليه وأعلنته بصورة من هذه العريضة وكلفته بالحضور أمام محكمة .... الابتدائية الدائرة .... أحوال مصريين غير مسلمين بجلستها التى ستنعقد يوم .... الموافق / / ١٩ من الساعة التاسعة صباحاً ليسمع الحكم بتطليق الطالبة منه وإلزامه بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة .

ولأجل العلم :

---

(١) انظر : دعاوى الطلاق والطاعة ص ٢٢٠

صيغة دعوى تطليق للجنون[١]

إنه في يوم ...

بناء على طلب ... ويقيم ... ومحله المختار مكتب الأستاذ / ..... المحامى .

أنا ... محضر محكمة .... قد أنتقلت إلى حيث إقامة السيد / ... بصفته قيمًا على السيدة / ... زوجة الطالب ويقيم ...

وأعلنته بالآتى

الطالب زوج للسيدة / ... وقد صدر الحكم فى الدعوى رقم ... بتعيين المعلن إليه قيمًا عليها لإصابتها بالجنون منذ أكثر من ثلاث سنوات ، وهو جنون مطبق لا تفيق منه وغير قابل للشفاء كما هو ثابت من .... ويحق له أن يطلب الحكم بتطليقها منه عملاً بنص المادة ٥٤ من شريعة الأقباط الأرثوذكس التى يتبعها الزوجان .

بناء عليه

أنتقلت أنا المحضر سالف الذكر إلى حيث إقامة المعلن إليه وأعلنته بصورة من هذه العريضة وكلفته بالحضور أمام محكمة ... الابتدائية .... الدائرة .... أحوال مصريين غير مسلمين بجلستها التى ستنعقد يوم .... الموافق / / ١٩ من الساعة التاسعة صباحاً ليسمع بصفته الحكم بتطليق ... من الطالب وإلزامه بصفته بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل بغير كفاله .

ولا جل العلـم

---

(١) دعاوى الطلاق والطاعة ص ٢٢١ .

صيغة فسخ عقد زواج بسبب الإصابة بالعنة[1]

بسم الله الرحمن الرحيم

باسم الشعب

محكمة اسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية .

ملى

بالجلسة الكلية المنعقدة علناً بسراى المحكمة يوم الخميس الموافق ٢١ / ١٠ / ١٩٨٢ .

برئاسة السيد الأستاذ / محمد أحمد عابدين رئيس المحكمة

وعضوية الأستاذين / فكرى خروب القاضى

أحمد ماهر القاضى

وحضور الأستاذ / عادل الكتانى وكيل النيابة

وحضور السيد / عفاف دراز أمينة السر

صدر الحكم الآتى فى الدعوى رقم ٢٨ سنة ١٩٨٢ كلى أحوال شخصية غير مسلمين - ملى - بالمرفوعة من : .... مدعية .

ضـــد

السيد .... مدعى عليه

المحكمـة

بعد سماع المرافعة والأطلاع على الأوراق والمداولة ومن حيث إن وقائع الدعوى تتحصل فى أن المدعية أقامتها بصحيفة أودعت قلم كتاب هذه

---

(١) قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ١٥٣ - ١٥٦ .

المحكمة بتاريخ ١٢ / ٤ / ١٩٨٢ وأعلنت المدعى عليه بتاريخ ١٥ / ٤ / ١٩٨٢ طلبا للحكم بفسخ عقد الزواج المؤرخ فى ١ / ٩ / ١٩٨٠ وبطلانه واعتباره كأن لم يكن لمرض المدعى وعدم القدرة على المعاشرة الزوجية مع إلزامه المصروفات وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وبلا كفالة .

تأسيساً على ماأوردته شرحاً لدعواها بصحيفتها من أنه بتاريخ ١٤ / ٩ / ١٩٨٠ تزوجت المدعى عليه طبقاً لشريعة الأقباط الأرثوذكس ، وإنها منذ تاريخ الزواج ما زالت بكراً ، إذ أن المدعى عليه مريض ومصاب بالعنة العضوية ، ومن ثم لم يدخل عليها وأنها فى مقتبل العمر وتخشى على نفسها من الفتنة ومن ثم فقد أقامت الدعوى الماثلة بتلك الطلبات .

وانتصرت المدعية لدعواها بحافظة مستندات انطوت على :

١ - شهادة مؤرخة ١٣ / ٣ / ١٩٨٢ تفيد بأنهما قبطيان أرثوذكسيان .

٢ - صورة وثيقة زواج المتداعيين .

ومن حيث إن الدعوى تداولت بالجلسات على النحو المبين بمحاضر جلساتها .

ومن حيث إن المحكمة عرضت الصلح على المتداعيين فرفضاه .

ومن حيث إن المحكمة استطلعت رأى النيابة فتقدمت بمذكرتها المؤرخة ٦ / ٩ / ١٩٨٢ والتى طلبت فيها ندب الطبيب الشرعى .

ومن حيث إنه متى كان ما تقدم فإن المحكمة تنوه تقديماً لقضائها فى تلك الدعوى إلى أن الطرفين متحدان طائفة وملة ، وأن لهما جهات قضائية منظمة وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ فمن ثم فإن الشريعة التى تتقدم وتبسط الحل هذا النزاع هى الشريعة الخاصة بهما دون الشريعة الإسلامية نقض ٢٠ / ٤ / ١٩٦٦ طعن رقم ١٤ سنة ٣٥ ق مجموعة الأحكام س ١٧ ، ع ٢ ص ٨٨٩ .

ومن حيث إن المادة ٢٧٥ من شريعة الأقباط الأرثوذكس تنص على أنه « لا يجوز الزواج أيضاً فى الأحوال الأتية :

أ - إذا كان لدى أحد طالبى الزواج مانع طبيعى أو عرضى لا يرجى زواله يمنعه من الاتصال الجنسى كالعنة والخنوثة والخصاء وأنه عملاً لشريعة المادة ٤١ من ذات التقنين ، فإنه كل عقد يقع مخالفاً لأحكام المواد ١٥ ، ١٦ ، ٢١ ، ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧ يعتبر باطلاً ولو رضى به الزوجان .....

ومن حيث إن المدعية تزعم أن زوجها مصاب بمرض العنة العضوية وكانت العنة تثار كسبب من أسباب بطلان عقد الزواج وكسبب من أسباب التطليق ، وإن الحكم يختلف فيما إذا كانت الأصابة بها قبل الزواج أو بعده ، فإن كانت سابقة عليه فإنها تحول دون تحقيق الغرض السامى من الزواج فى جميع الأديان وهو حفظ النسل شرط أساسى وجوهرى لعين الزواج يعتبر سبباً من الأسباب التى تجيز للزوج المضرور طلب التطليق ومن حيث إنه متى كان ما تقدم ووصولاً للحقيقة فإنه يتعين ندب ذى خبرة يناط ما سيرد بمنطوق هذا الحكم مع إرجاء البت فى المصروفات عملاً بمفهوم المخالفة لشريعة المادة ٢٨١ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

فلهذه الأسباب :

حكمت المحكمة وقبل الفصل فى الموضوع بندب مصلحة الطب الشرعى بالاسكندرية لتندب بدورها أحد أطبائها الشرعيين المختصين لتوقيع الكشف الطبى الشرعى على المدعى عليه لبيان ما إذا كان مصاباً بمرض العنة أو أى مرض عضوى يمنعه من الأتصال الجنسى بزوجته المدعى عليها من عدمه ، وفى الحالة بيان تاريخ الإصابة بهذا المرض ، وما إذا كان سابقاً على الزواج أم لاحقا عليه ، وفيما إذا كان المرض مستحكماً أم ممكن البرء منه وكذلك توقيع الكشف الطبى على المدعية لبيان ما إذا كانت

بكراً من عدمه ، وألزمت المدعية بإيداع أمانة قدرها عشرون جنيها على ذمة مصلحة الطب الشرعى تصرف له فوراً وبدون إجراء وحددت لنظر الدعوى بحالتها بجلسة ١٨ / ١١ / ١٩٨٢ فى حالة عدم سداد الأمانة وجلسة ١٦ / ١٢ / ١٩٨٢ فى حالة سداد الأمانة ، وعلى قلم الكتاب إرسال ملف الدعوى إلى مصلحة الطب الشرعى فور إيداعها ، وعلى الطبيب المندوب مباشرة المأمورية وإيداع تقريره إلى ما قبل الجلسة الأخيرة بأسبوعين وصرحت بالاطلاع خلال هذا الأجل وأبقت الفصل فى المصروفات عملاً بمفهوم المخالفة لشريعة المادة ٢٨١ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ وعلى قلم الكتاب إعلان منطوق هذا الحكم لمن يحضر من الخصوم النطق به .

أمين السر   رئيس المحكمة

صيغة تطليق للعنة النفسية[١]

بسم الله الرحمن الرحيم

باسم الشعب

محكمة الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية

ملى

بالجلسة الكلية المنعقدة علناً بسراى المحكمة يوم الخميس الموافق ٢٠ / ١ / ١٩٨٣ م .

برئاسة السيد الأستاذ / محمد أحمد عابدين رئيس المحكمة

وعضوية أستاذين / فكرى خـروب القاضى

وأحمد ماهـر القاضى

وحضور الأستاذ / عدل الكتانى وكيل النيابة

وحضور السيدة / عفاف دراز أمينة السر

صدر الحكم الآتى فى الدعوى رقم ٦٤ سنة ١٩٨١ ملى كلى إسكندرية

المرفوعة من السيدة / ..... مدعية

السيـــد / .... مدعى عليه

المحكمة

بعد سماع المرافعة والاطلاع على الأوراق والمداولة ومن حيث إن وقائع الدعوى تتحصل فى أن المدعية أقامتها بصحيفة أودعت قلم كتاب هذه المحكمة بتاريخ ١٦ / ١١ / ١٩٨١ وأعلنت للمدعى عليه بتاريخ ٢٩ / ١١ / ١٩٨١ طلباً للحكم بفسخ عقد زواجها المبرم بتاريخ ٣٠ / ٨ / ١٩٨١ وطلاقها

---

(١) قانون الأحوال الشخصية ١٦٧ - ١٧٣ .

من المدعى عليه وتحميله المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة تأسيساً على ما أوردتة شرحاً لدعواها بصحيفتها من أنه بموجب عقد زواج تاريخه ٣٠ / ٨ / ١٩٨١ تزوج المدعى عليه بالمدعية بمقتضى عقد الزواج الموثق بكنيسة الأقباط الأرثوذكس وإنه قد استبان لها أن المدعى عليه مريض بمرض العنة منذ أكثر من ثلاث سنوات وانه يعالج من ذلك المرض من مدة طويلة ولا يرجى شفاؤه وهى عذراء حتى الأن .

وأضافت أنها تخشى على نفسها من الفتنة ومن حقها أن تلجأ إلى المحكمة لاستصدار حكم بطلاقها استناداً إلى نص المادة ٥٤ / ٢ لائحة المجلس الملى العام بتاريخ ٩ / ٥ / ١٩٣٨ وانتصرت المدعية لدعواها بحافظة مستندات انطوت على ست تذاكر علاجية صادرة من أطباء وجهات طبية ، كما قدمت عقد زواجها من المدعى عليه مؤرخ ٣٠ / ٨ / ١٩٨١ ثابت به أنهما قبطيان أرثوذكسيان .

وحيث إن الدعوى تداولت بالجلسات على النحو المبين بمحاضر جلساتها وحيث إن المحكمة استطلعت رأى النيابة فتقدمت بمذكرتها المؤرخة ٣٠ / ١ / ١٩٨٢ والتى طلبت فيها ندب الطبيب الشرعى لتوقيع الكشف الطبى على المتداعيين لبيان ما إذا كان المدعى عليه مصاب بعنة من عدمه ، ونوع هذه العنه إن وجدت ، وما إذا كان مصاباً بها وقت انعقاد الزواج ، وفى حالة إصابته بها بيان ما إذا كان يرجى زوالها من عدمه ، وما إذا كانت المدعية بكراً أم ثيباً ومن حيث أنه بجلسة ١٨ / ٢ / ١٩٨٢ قضت هذه المحكمة بهيئة مغايرة بندب مصلحة الطب الشرعى لتوقيع الكشف الطبى على كل من المدعية والمدعى عليه لبيان ما إذا كان المدعى عليه مصاباً بعنة من عدمه وتاريخها ، وما إذا كان سابقاً على الزواج أو لاحقاً وفى حالة ثبوتها بيان نوعها وتوقع الكشف الطبى على المدعية لبيان ما إذا كانت بكرا من عدمه .

وحيث إنه نفاذاً لهذا القضاء فقد باشر الطبيب المندوب مأموريته وأودع تقريره والذى أنتهى فيه إلى أن :

أولاً : المدعية بكر وغشاء بكارتها سليماً تماماً يقطع بعدم حصول مباشرة جنسية بإيلاج على الطلاق .

ثانياً : المدعى عليه فى صحة عامة طبيعية وأعضاؤه التناسلية خالية من التشوهات الخلقية والأحوال المرضية ، ولم يتبين من فحصه وجود حالات مرضية من النوع المتعارف عليه بأنه مسبب العنة العضوية والمستديمة وإن العنة قد تنشأ لأسباب نفسية ومنها الخوف والارتباك من حصول فشل سابق والإفراط فى الحب أو الكراهية والشعور بالإثم والكبت والجهل بحقائق الجنس وعدم التوافق والإدمان على جلد عميره (العادة السرية) والشذوذ الجنسى وغير ذلك ، والعنة النفسية وإن كانت بواعثها كثيرة إلا أن الغالب منها مؤقت يزول بزوال بواعثه مما قد يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع . ويتعذر فنيا نفى أو إثبات إصابة المذكور بمثل هذا النوع من العنة ، حيث لا يتضح من الكشف الأكلينيكى مع التنويه عن أنه عند حضور طرفى النزاع أقر المدعى عليه على النحو الوارد بمحضر الإجراءات بصلب التقرير بفشله فى معاشرة زوجته ، وعزى ذلك إلى أعمال سحرية كما وأن المستندات المقدمة من المدعية تشير إلى تردد المدعى عليه عقب الزواج مباشرة للعلاج فى ضعف جنسى .

ومن حيث أن الدعوى تداولت بالجلسات على النحو المبين بمحاضر جلساتها فتقدم وكيل المدعى عليه بمذكرة بجلسة ٢١ / ١٠ / ١٩٨٢ أخص ما جاء فيها أنه طلب رفض الدعوى كما قدم وكيل المدعية مذكرة أخص ما جاء فيها تصميمه على الطلبات الواردة بصحيفة دعواه واحتياطياً طلب محضر المناقشة الذى أجراه الطبيب الشرعى والمودع أرشيف المكتب .

ومن حيث إن المحكمة استطلعت رأى النيابة فتقدمت بمذكرتها

المؤرخة ٨ / ١١ / ١٩٨٢ طلبت فيها رفض الدعوى ومن حيث إنه بجلسة ٣٠ / ١٢ / ١٩٨٢ حجزت الدعوى للحكم لجلسة اليوم .

ومن حيث إنه متى كان ما تقدم فإن المحكمة تنوه تقديمها لقضائها فى تلك الدعوى إلى أن المتداعيين قبطيان أرثوذكسيان ، ومن ثم فإن الشريعة التى تتقدم وتنبسط لحل هذا النزاع هى الشريعة الخاصة بالمتداعيين دون الشريعة الإسلامية طواعية لنص المادة ٦ / ٢ من القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ .

وحيث إن المدعية تذهب فى دعواها إلى أن المدعي عليه مصاب بالعنة ومن المعلوم أن العنة كثيرا ما تثار كسبب لبطلان عقد الزواج ، أو كسبب من أسباب التطليق ، ويختلف الحكم بما إذا كانت الإصابة بها قبل الزواج أو بعده والعنة عموماً هى نوع من أنواع الضعف التناسلى ، وتعرف طبياً بأنها عدم القدرة على الجماع أو المباشرة الجنسية ، وهى قد تصيب الزوجة ، وهى إما عضوية أو نفسية .

فالعنة العضوية ويسميها البعض بالعنة الثانوية ترجع إلى ضعف الأعضاء التناسلية ، وهذا الضعف إما أن يكون ناتجاً عن التكوين التشريحى للاعضاء التناسلية من أمراض أو أصابات جراحية أو ناتجا عما يصيب هذه الأعضاء منه ، والإضطرابات تخل بالغدد التناسلية ذات الإفرازات الداخلية أو بالغدد غير التناسلية ذات الإفرازات الداخلية بالغدد الأخرى التى لها إفرازات متعددة الأنواع .

والعنة العضوية إما أن تكون كاملة أو جزئية دائمة أو مؤقتة ، وأما العنة النفسية ويسميها البعض بالعنة النسبية أو الأبتدائية فهى التى ترجع إلى عوامل نفسية ، وهى نوع من أنواع الضعف المخى ، ولهذا الضعف صور مختلفة منها أنعدام الرغبة التناسلية كلياً أو جزئياً أو إنعدام اللذه التناسلية كليا أو جزئياً أيضاً ، وقد تكون هذه العنة بالنسبة إلى النساء جميعاً ، أو

بالنسبة إلى أمراة بعينها ونتيجة الأصابة بالعنة سواء كانت عضوية أو نفسية هى عدم القدرة على المباشرة الجنسية وهى ما يعبر عنه علمياً بعبارة أحباط الانتصاب ، وتختلف الأدلة على الإصابة بالعنة بإختلاف نوعها أى بإختلاف ما إذا كانت العنة عضوية أو نفسية ، أما فيما يتعلق بالأدلة على العنة العضوية فالكشف الطبى على الزوج أو الزوجة يكون قاطعاً فى ثبوت الإصابة بها ، أما فيما يتعلق بالأدلة على العنة النفسية أو الأبتدائية التى ترجع إلى عوامل نفسية كالخوف أو زيادة الجفاء أو كثرة الأهتمام والتفكير فى تقدير القوة التناسلية فإنه يصعب على الطبيب رغم فحص الجسم فحصاً دقيقاً أن يعرف سبب العنة وبالتالى يصعب قيام الدليل عليها ، إلا أن قاعدة أن الأصل فى الأنسان السلامة قد تعين على إثبات الإصابة بالعنة الابتدائية وهنا يقع عبء الإثبات على الزوج الذى يدعى بإصابة الطرف الآخر بالعنة ، بيد أن كون الزوجة عذراء أو ثيباً إذا ثبت ذلك بالكشف الطبى عليها قد تعين فى إثبات إصابة الزوج بالعنة النفسية ، كذلك نجد فى كتب فقهاء الشريعة الإسلامية أن المرأة إذا أدعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك ، فإن أنكر والمرأة عذارء فالقول لها ، وإن كان ثيباً فالقول قوله مع يمينه ، لأن هذا الأمر لا يعلم إلا من جهته والأصل السلامه[1]» ، إلا أن هذا المعيار في اثبات العنة الابتدائية وهو كون الزوجة التى تدعى بإصابة زوجها بكراً أو ثيباً معيار غير سليم في جميع الأحوال ذلك أن إزالة غشاء البكارة أو بقاءه لا يدل فى ذاته على حصول الوطء ، أو عدم حصوله ، فقد يزول غشاء البكارة لأى سبب آخر خلاف الجماع ، وقد يظل الغشاء سليما بالرغم من ذلك .

---

(١) المغنى والشرح الكبير ٧ / ٦٠٤ .

ونخلص مما تقدم أن بقاء غشاء البكارة سليماً عند الزوجة يعد قرينة على إصابة الزوج بالعنة الابتدائية الا أنه قرينة تقبل إثبات العكس ، إذ أنه ربما يكون بقاء هذا الغشاء سليماً راجعاً إلى امتناع الزوجة على زوجها ، أو يكون من ذلك النوع الهلالى أو المتمدد الذى لا يفض إلا بالمباشرة الجنسية .

ومن حيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان تقرير الطبيب الشرعى قد أنتهى إلى أن المدعى عليه غير مصاب بالعنة العضوية وهو ما تطمئن إليه المحكمة باعتباره تقريراً فنيا فى هذا الخصوص إلا أنه لم يجزم بما إذا كان المدعى عليه مصابا بالعنة النفسية من عدمه ، وكان هناك من العلماء النفسانيين من يقول بأنه فى الإمكان معرفة إصابة الزوج بالعنة النفسية وبالتالى والعلاج منها ، وذلك عن طريق التحليل النفسى والأختبارات السيكلوجية ، ولذلك لما كان رأى النيابة العامة فى الدعوى لا يقيد هذا القضاء ، فإنه بياناً لوجه الحق واستجلاء للحقيقة فإن المحكمة ترى ضرورة ندب أحد الأطباء النفسانيين خبيراً فى الدعوى يناط به ما يسير بمنطوق هذا الحكم مع إرجاء البت فى المصروفات لحين صدور حكم منه للخصومة .

فلهـذه الأسباب

حكمت المحكمة وقبل الفصل فى الموضوع بندب أحد الأطباء النفسانيين التابع لوزارة الصحة بالاسكندرية خبيراً فى الدعوى لتوقيع الكشف الطبى وإجراء التحليل النفسى والأختبارات السيكولوجية لبيان ما إذا كان المدعى عليه مصاباً بالعنة النفسية من عدمه وفى الحالة الأخيرة بيان ما إذا كان من الممكن العلاج منها بحيث يعود إلى حالته الطبيعية من عدمه مع إلزام المدعية بإيداع أمانة قدرها عشرون جنيها على ذمة الطبيب النفسانى تصرف له فوراً وبدون إجراءات ، وحددت لنظر الدعوى بحالتها

جلسة ١٧ / ٢ / ١٩٨٣ فى حالة عدم سداد الأمانة ، وجلسة ٣ / ٣ / ١٩٨٣ فى حالة سدادها ، وعلى الخبير المندوب مباشرة المأمورية وإيداع تقريره إلى ما قبل الجلسة الأخيرة بأسبوعين ،وصرحت بالاطلاع فى خلال هذا الأجل ، وأبقت الفصل فى المصروفات وعلى قلم الكتاب إعلان منطوق هذا الحكم لمن لم يحضر من الخصوم النطق به .

أمينة السر رئيس المحكمة .

ثانياً : الأحكـام

أ - أحكام القضاء والمحاكم المتعلقة بالمسلمين

١ - إذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استخلص من وقائع الدعوى أنه لم يثبت أن الزوج مصاب بعجز جنسى مستحكم مما لا يرجى شفاؤه واستدل على ذلك بأن الطاعنة لم تمكث معه فى منزل الزوجية المدة الكافية للحكم على حالته ، وقدر هذه المدة بسنة كاملة على أساس أن السنة تحوى فصولاً أربعة ، وربما يستطيع الزوج القيام بواجباته فى فصل دون آخر ، ورتب الحكم على عدم ثبوت العجز الجنسى بالمطعون عليه قضاءه برفض دعوى الطاعنة ببطلان عقد الزواج ، وهو استخلاص موضوعى سائغ يؤدى إلى ما انتهى إليه ومما يستقل به قاضى الموضوع لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه يكون فى غير محله .

(الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٠ أحوال شخصية - جلسة ١٤ مارس سنة ١٩٧٣ م .م . ف سنة ٢٤ ص ٤٢١)[1] .

٢ - إذا كان تقدير المانع الطبيعى أو العرضى الذى لا يرجى زواله ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى قام قضاؤها على أسباب سائغة وكان ما أفصح عنه الحكم من أن دوام العلاقة الزوجية أكثر من عامين والزوجة على فراش الزوجية لا تفارق زوجها طوالها تعطيه طواعية واختياراً المكنة لتدارك ما فاته حريصة على الإبقاء على عروة الزوجية ، ومع ذلك ظلت عذراء ، بل وقطع تقرير الطبيب الشرعى أن المعاشرة الزوجية الصحيحة لم تتم بينهما على صورة ما ، وأن ما ادعاه الزوج من حصول الوقاع كاملاً مرة واحدة منذ بدء الحياة الزوجية غير صحيح ، وكان ذلك كله يتوافر به التدليل المقنع على عنة الطاعن وأنها غير قابلة للزوال ، فإن ما ينعاه الطاعن لا يعدو فى حقيقته أن يكون مجادلة فى تقدير الدليل لمحكمة الموضوع لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض .

---

(١) تشريعات الأحوال الشخصية مع أحدث أحكام محكمة النقض حتى مارس ١٩٨٣م ص ٤٢٠ - ٤٢١ .

(الطعن ٣٩ لسنة ٤٥ ق أحوال شخصية - جلسة ٢٦ / ١ / ١٩٧٧ سنة ٢٨ ص ٣٠٢)[١] .

٣ - إن الدعوى تقبل من الزوجة بإصابة زوجها بمرض الزهرى أو أى مرض يخشى من بقائها معه الضرر حتى إذا ثبت ذلك فرق القاضى بينهما ، ولا عبرة بحصر الفقهاء للعيوب المسببة لفسخ النكاح متى قرر أهل الخبرة عدوى المرض ، وإذا وثق المتداعيان بالخبير وأجرى عمليته ولو بدون إعلامهما للمادتين ٩ ، ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م .

(محكمة بور سعيد الشرعية فى ١١ / ٤ / ١٩٣٢ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٩ ، ١٠ ص ٩٠٤ رقم ٢٤٦ ، ولم يستأنف فصار نهائياً[٢] .

٤ - لا يجاب طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها لجنونه متى ثبت علمها ورضاؤها بمعاشرته وهو على هذه الحالة .

(محكمة مغاغة الشرعية ، المحاماة الشرعية فى ٢٥ / ٢ / ١٩٣٣ س / ٦ ع / ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٥٣ رقم ٠٤ ولم يستأنف فصار نهائياً[٣])

٥ - يجاب طلب الزوجة التطليق على زوجها لعتهه وعدم إدراكه بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما .

(محكمة بورسعيد الشرعية ٣٠ / ١١ / ١٩٣٢ م المحاماة الشرعية س / ٦ ص ٤١٠ ع / ٣ ، ٤ ، ٥ رقم ٢٠)[٤] .

---

(١) نفسه ص ٥٢٧ - ٥٢٨ .

(٢) الأحوال الشخصية د .عبدالعزيز عامر ص ٣١٦ .

(٣) نفسه ص ٣١٦ .

(٤) نفسه ص ٣١٦ .

٦ - مؤدى نص المادتين التاسعة والحادية عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية أن المشرع جعل للزوج حق طلب التفريق من الرجل إن ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلاً ، أو بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى للزوجة الإقامة مع زوجها المعيب إلا بضرر شديد ، وتوسع القانون فى العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها علي سبيل الحصر ، محولا الأستعانه بأهل الخبرة لبيان مدى، استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده ، كل ذلك على شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة .

(نقض ص ١٩ / ١١ / ١٩٧٥ س ٢٦ ١٤٢٦ ، ١٨ / ٥ / ١٩٨٢ الطعن ١٠ / ٥١ أحوال [1]) .

٧ - أوضحت المذكرة الأيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان ، هو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله ، وهى عيوب - العنة والجب والخصاء - وباق الحكم فيه وفقه وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولاً به ، وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه الإ بضرر ، وكان المقرر فى مذهب الحنفية أن من شرائط إباحة حق التطليق للزوجة بسبب العنة ألا يكون زوجها قد وصل اليها فى النكاح ، فإن كان قد وصل إليها ولو مرة واحدة لم يثبت لها هذا الحق ، لأن حقها إنما هو فى أن يباشرها مرة واحدة وقد أستوفته ، وما زاد عن ذلك لا يؤمر به قضاء بل ديانة ، فإن ما قرره الأحناف من أن القول للزوج بيمينه إذا وجدت الزوجة ثيباً .

---

(١) انظر : دعاوى الطلاق والطاعة ص ٢٩ .

أو كانت ثيباً من الأصل قاصر عندهم على العيب الذى يتبين بالزوج قبل الدخول وقبل الوصول إلى زوجته دون العيب الحادث بعد الدخول ، [illegible] ـب عندهم ، وعلى خلاف هذا [illegible] رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ التطليق للعيب الحادث بعد الدخول دون أن توجب يميناً على الزوج وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها (الزوجة) قررت أن الطاعن (الزوج) دخل بها وفض بكارتها ، وأن الضعف طرأ بعد الدخول فإن تحليفه اليمين يكون فى غير موضعه .

(حكم النقض السابق[1])

٨ - تقدير وجود العيب المستحكم بالزوج الذى لا يرجى زواله أو لا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية بما يتضرر منه الزوجة هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاؤها يقوم على اسباب سائغة .

(حكم النقض السابق و ١٨ / ٥ / ١٩٨٢ طعن ١٠ / ٥ ق أحوال[2])

٩ - الإضرار الذى تعنيه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية يشترط فيه أن يكون قد قصده وتعمده الزوج سواء كان ضرراً إيجابياً من قبيل الإيذاء بالقول أو الفعل ، أو ضرراً سلبياً يتمثل فى هجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية ، على أن يكون ذلك باختياره لا قهراً عنه ، يؤيد ذلك أن المشرع أستعمل لفظ « الإضرار » لا « الضرر » كما يؤيده أن مذهب المالكية مأخذ هذا النص يبيح للزوجة طلب التفريق إذا ما ضارها الزوج بأى نوع من أنواع الايذاء التى تتمخض كلها فى أن للزوج مدخلاً فيها وإرادة متحكمة

---

(١) دعاوى الطلاق والطاعة ص ٢٩ - ٣٠ .

(٢) نفسه ص ٣٠ .

فى اتخاذها والعنة النفسية لا يمكن عدها بهذه المثابة من قبيل الإضرار فى معنى المادة السادسة سالفة الإشارة ، لأن الحيلولة دون ممارسة الحياة الزوجية بسببها لا يد للزوج فيها ، بل هى تحصل رغماً عنه وبغير إرادته .

(حكم النقض السابق[1])

١٠ - ما نصت عليه المادة الحادية عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية من الأستعانة بأهل الخبرة من الأطباء ، يقصد به تعرف العيب ، وما إذا كان متحققاً فيه الأوصاف التى أشارت إليها ، ومدى الضرر المتوقع من المرض ، وإمكان البرء منه والمدة التى يتسنى فيها ذلك ، وما إذا كان مسوغاً لطلب التطليق أولاً .

(نقض ١٤ / ١٢ / ١٩٧٧ س ٢٨ ص ١٨٠٤[2]) .

١١ - إذا كان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد سكت عن التعرض للإجراء الواجب على القاضى إتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة ، فلم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض أو يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة طبقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وكان المقرر فى هذا المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطع مباشرتها بسبب هذا العيب ، وثبت أنها لا تزال بكراً وأنه لم يصل اليها فيؤجله

---

(١) دعاوى الطلاق والطاعة ص ٢٩ - ٣٠ .

(٢) نفسه ص ٣٠ .

القاضى سنة ليبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم وبدء السنة من يوم الخصومة ، إلا إذا كان الزوج مريضاً ، أو به مانع شرعى أو طبيعى كالإحرام والمرض ، فتبدأ حين زوال المانع ، ولا يحسب فى هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضاً لا يستطاع معه الوقاع ، فإن مضت السنة وعادت الزوجة الى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقت منه لما كان ذلك ، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه تبين من تقرير الطب الشرعى أن المطعون عليها (الزوجة) ما زالت بكراً تحتفظ بمظهر العذرية التى ينتفى معها القول بحدوثه مباشرة وأن الطاعن (الزوج) وإن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أن ما به من عيب قد يكون ناتجاً عن عوامل نفسية ، وعندئذ تكون عنته مؤقتة يمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع ، فإن الحكم إذا قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام العنة النفسية به دون إمهال يكون قد خالف القانون ، لا يشفع فى ذلك تقريره إن عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته المطعون عليها استمر لأكثر من سنة قبل رفع الدعوى لأن مناط تحقيق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته ، بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى إليها ، وبالشروط السابق الإشارة إليها .

(حكم النقض السابق[1]) .

١٢ - عدم وجود خصيتين ظاهرتين للرجل لا يجيز للزوجة طلب الطلاق لهذا السبب مجرداً ، ما دام عضو الذكوره فى الرجل ينتصب ويمنى .

---

(١) نفسه ص ٣١ - ٣٢ ، وموسوعة الأحوال الشخصية ١ / ٢٥٩ - ٢٦٠

(فتوى فضيلة الشيخ حسن مأمون - الفتاوى الإسلامية ٦ / ٢١٧[١] .

١٣ - إذا كانت العمليه الجراحية التى أجريت للزوج وإن أصبح معها قادراً على إتيان زوجته بما ينفى عنه عيب العنة إلا أنها أصابته بعيب آخر من شأنه أن يجعل الوقاع شاذاً لا يتحقق به أحد مقصدى النكاح ويلحق الزوجة آلاماً عضوية ونفسية ، فضلاً عن أنه يعرضها للإصابة بأمراض عصبية وجنسية أبان عنها الخبير المنتدب ، وكان من شأن هذا التداخل الجراحى استقرار حالة العيب لدى الزوج بما يجعله عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه ، وينتفى موجب التأجيل الذى اشترطه الحنفية للحكم بالتطليق كعيب العنة .

(نقض ٢٣ / ٦ / ١٩٨١ طعن ١٣ / ٥٠ ق أحوال)[٢] .

١٤ - إذا قرر الطبيب الشرعى أن الزوج لا يزال مريضاً بمرض عقلى من طبيعته احتمال تكرار النوبات وتطرأ عليه عقب كل نوبة تغيرات مرضية نفسية مع اطراد فى ضعف إرادته ونقص إدراكه وانحطاط عقليته وأن هذا المرض من الجائز شفاؤه فى بعض الأحوال إلا أن علاجه قد يطول كما أن المريض يعرض لنكسات متعددة بالاضافة لمرض قلبه المزمن الذى يجعله غير صالح طبياً للعلاج فى حالة مرضه العقلى هذه علاجاً فعالاً ، لأن العلاج العنيف الفعال اللازم فى مثل حالته العقلية لا يتناسب وحالة مرض القلب المزمن مما يعرض بقاء الزوجة معه للضرر ، فإنه يتعين التطليق .

---

(١) نفسه ص ٣٢ .

(٢) نفسه ص ٣٢ .

(حكم محكمة القاهرة الابتدائية ١٩ / ١٠ / ١٩٥٧ فى القضية رقم ١٤٨ لسنة ١٩٥٧ كلى [١]) .

١٥ - وإذا كان طلب التطليق للعنة فإن الشارع أوجب أتخاذ إجراءات معينة منها أنه إذا كانت الزوجة بكراً حين العقد عليها ، وتبين أنها ثيب وقالت أن بكارتها أزيلت بغير الوقاع فالقول للزوج بيمينه ، لأن الظاهر زوال عذرتها بالوطء لا بسبب آخر ، فزوالها بسبب آخر خلاف الأصل ، فإن حلف الزوج اليمين رفضت الدعوى وإن نكل طلقها القاضى عليه ، وسبب هذه الإجراءات أن الوقوف على حالة العنة متعسر ، وليس لأهل الخبرة من الأطباء فى هذا العيب رأى قاطع ، وقد يعجز الرجل عن معاشرة امرأة دون أخرى أو فى حين دون آخر .

(محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٦ / ١٢ / ١٩٥٦ فى القضية رقم ١٧٨٣ لسنة ١٩٥٦ كلى [٢]) .

١٦ - تأسيس دعوى الطلاق على أن الزوج عنين ، وأنه لم يباشر مع زوجته واجباته الزوجية ، وإنكار الزوج وإرجاع عدم مباشرته جنسياً إلى أنها لم تمكنه من نفسها وامتنعت عنه تأييد دفاع الزوج من أنه مكتمل الرجوله بما قرره الطبيب الشرعى بعد الكشف عليه من عدم وجود موانع تمنع انتصابه ومباشرته العملية الجنسية ، إنهار السبب الذى بنى عليه التفريق .

---

(١) الأحوال الشخصية للمستشار الدجوى ٢٩٩ .

(٢) نفسه ص ٢٩٩ .

(حكم استئناف الإسكندرية ، دائرة الأحوال الشخصية فى ١٩ / ١١ / ١٩٥٩ فى الاستئناف ٣ لسنة ١٩٥٩ [١]) .

١٧ - وقد قضى بأنه ما دامت الزوجة ثيباً فيكون الظاهر يشهد للزوج ويكون القول قوله بيمينه فى أنه يصل زوجته ، وكذلك الحال إذا ادعى أنه أزال بكارتها بالوقاع لا بالأصبع ، هذا فى حالة ما إذا ادعت أن زوجها عنين وأنكر هو ذلك .

(محكمة القاهرة الابتدائية فى ٨ / ١٢ / ١٩٥٧ فى القضية ٢٤٠ لسنة ١٩٥٧ كلى[٢]) .

١٨ - وقعود المدعية عن رفع دعوى التطليق لأصابة الزوج بالجنون مدة عامين لا يعتبر رضا منها بالعيب الذى أصاب زوجها ، إذ أنها كما قالت فى عريضة دعواها كانت تأمل شفاءه وترجو برءه ليعود اليها ويستأنفا حياتهما الزوجية ، وليس الرجاء والأمل فى الشفاء من المرض رضا به ، هذا فضلاً عن أن التعجيل برفع الدعوى عقب المرض مباشرة يتنافى مع ما يجب أن تتحلى به الزوجة الصالحة من وفاء وإخلاص للزوج .

(محكمة الإسكندرية الابتدائية فى ٤ / ١ / ١٩٥٨ فى القضية رقم ٢٥٦ لسنة ٥٧ كلى)[٣] .

١٩ - ومن المقرر فقها وقضاء أن الأمراض التى وردت فى سياق نص المادة التاسعة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ إنما هى علي سبيل المثال لا الحصر ولذلك فهى تتسع لأى مرض آخر لا يمكن البرء منه ، أو يمكن البرء منه بعد أمد طويل ، ولا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر كالسل الرئوى والزهرى أو غير ذلك من الأمراض .

---

(١) نفسه ص ٣٠٠ .

(٢) نفسه ص ٣٠٠ .

(٣) نفسه ص ٣٠٠ .

(القاهرة الابتدائية فى ٨ / ٤ / ١٩٥٨ فى القضية رقم ٣٠٠٢ لسنة ١٩٥٦[1]) .

٢٠ - وقد حكم بأن المرض ليس هو الضرر الذى شرطه القانون فى المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وإنما هو الضرر الناتج من وجود العيب المستحكم والذى نصت عليه المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، لأن التطليق للضرر شرع فى حالات الشقاق لسوء المعاشرة والهجر وما إلى ذلك من كل ما يكون للزوج دخل فيه ، أما المرض فهو عرض من الأعراض البشرية التى ليس للإنسان دخل فيها .

(محكمة الأسكندرية الابتدائيةفى ١ / ٥ / ١٩٥٨ فى القضية ١٨ لسنة ٥٧ كلى)[2] .

٢١ - وإذا كان الثابت من الدعوى أن المدعية مقرة باتصال زوجها بها اتصالاً جنسياً أعواماً طويلة أنجب فيها ذرية ، فإن الإدعاء بالعنة حتى لو صح حدوثها لا يكون سبباً للتطليق ، ولا محل للقياس على حالة الزوج الذى يهجر زوجته أكثر من سنة والتى نص عليها القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى المادة ١٢ منه ذلك لأنه نص محدد وصريح فى الحالة التى ورد بشأنها ، ولا محل للتوسع فيه ، ولا اجتهاد مع النص ، فضلاً عن أن الحكمة التى توخاها المشرع فيه غير متوافرة فى حالة الادعاء بالعنة المتأخرة ، ذلك أن الزواج ليس علاقة جنسية فحسب ، ولا حيوية زوجية دافقة وإنما هو أساس العمران وسبب استمرار الكون ، إذ يخلق بين الناس المودة والرحمة وتسكن النفوس بعضها إلى بعض ، ويكون بقاء النوع الانسانى على أكمل وجه وأتم نظام ولو ترك الناس لطبائعهم وشهواتهم وأبيح للجنسين أن يجتمعا لإشباع ميولهما الجنسية دون أن يتقيدوا بالزواج لسادت الفوضى بين الناس ،

---

(١) نفسه ص ٣٠٠ .

ولنشأت ضروب من المضار والمفاسد الاجتماعية تأتى على النسل والذرية

(محكمة اسكندرية الابتدائية فى ١ / ٥ / ١٩٥٨ فى القضية رقم ١٨ لسنة ٥٧ كلى)[١] .

٢٢ – وقضى بأن العنين هو من لا يقدر على الجماع مطلقاً أو يصل إلى الثيب لا الأبكار ، أولا يصل إلى امرأة بعينها ، وقد اتفق الفقهاء على أن الزوجة إذا وجدت زوجها عنيناً ، فلها الحق فى أن ترفع أمرها إلى القاضى طالبة التفريق بينها وبين زوجها حتى إذا ما ثبتت دعواها حكم لها القاضى بالتفريق بينهما ، لأن مقاصد الزوج التوالد والتناسل ولا يتحقق ذلك مع العنة ، على أن القاضى لا يفرق بين الزوجين فى حالة العنة فى الحال سواء أقر الزوج أو ثبتت العنة بأى طريق آخر ، وأنما يؤجل الأمر سنة لعل الزوج يستطيع جماع زوجته فى أى وقت من الفصول الأربعة ، إذ يحتمل أن يكون عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته أمراً عارضاً يزول سريعاً لكونه غير مستحكم .

(محكمة الاسكندرية فى ١ / ٥ / ١٩٥٨ فى القضية رقم ١٨ لسنة ١٩٥٧[٢]) . .

٢٣ – قد حكم بأن العنة والخصاء والجب عيوب كان معمولاً بها قبل القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ طبقاً للراجح من مذهب أبى حنيفة ، ومن ثم فأن إثباتها يخضع لرأى أبى حنيفة فيثبت الجب برأى أهل الخبرة أما بالنسبة للعنة والخصاء فإن كانت الزوجة بكرا والزوج منكرا فالأمر للثقات من النساء ، وإن كانت ثيباً فالقول قول الزوج بيمينه ، ولو أدعت الزوجة أنه أزال بكارتها بغير الجماع أى بأصبعه مثلاً . أما إن أقر الزوج فيؤجل القاضى سنة

---

(١) نفسه ص ٣٠١ .

(٢) نفسه ص ٣٠١ – ٣٠٢ .

قمرية ، لعل مرض الزوج مؤقت بفصل من الفصول الأربعة ، فإذا أختلفت الفصول ولم يشف واستمر على إقراره فرق القاضى بينه وبين زوجته بطلقة بائنة وأما إن ادعى الوصول فالقول قوله بيمينه .

(محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ١٥ / ٥ / ١٩٥٨ فى القضية رقم ٣٨ لسنة ١٩٥٨ كلى)[١] .

هذا ولقد علق المرحوم المستشار الدجوى على هذا الحكم بقوله : « نلاحظ أن الحكم صادف الصواب عندما قال بأن الإثبات فى العنة والجب والخصاء يكون طبقاً لرأى أبى حنيفة ، وذلك لأن القاضى مأمور بالمادة ٢٨٠ من اللائحة التى توجب أن تصدر الأحكام طبقاً للراجح من مذهب أبى حنيفة ، ونحن نطلب من المشرع إلغاء هذا النص ، وبالغائه يكون الإثبات غير مقيد برأى أحد من الفقهاء ، وإنمايكون خاضعاً للقواعد العامة فى الإثبات وهو أمر يتفق مع روح العصر وواقع الحياة الأن وليس أدل على صحة ذلك من أن أبا حنيفة قال : إنه إذا كانت الزوجة بكرا وادعت أن زوجها عنين أو خصى فالأمر فى الإثبات للثقاة من النساء ، وطبيعى أن يقول أبو حنيفة ذلك ، لأن فى عصره لم يكن هناك أطباء من الرجال متخصصين فى أمراض النساء والولادة والتناسليات والآن وفى عصرنا الحاضر وقد وجد هؤلاء الأطباء ، ووجدت كذلك طبيبات متخصصات فلم لا يكون الإثبات لرأى أهل الخبرة من الأطباء رجالا أو نساء ، وأبو حنيفة قال : بأن الجب يثبت برأى أهل الخبرة ، فما هو وجه التفرقة بين إثبات الجب ، وبين إثبات العنة والخصاء . وأبو حنيفة يفرق فى حكم الإثبات بين البكر والثيب ، ويقول إذا كانت المرأة ثيباً فالقول قول الزوج بيمينه حتى لو أدعت أنه أزال بكارتها بغير الجماع أى باصبعه مثلا ، وأبو حنيفة قال برأيه

---

(١) نفسه ص ٣٠٢

هذا فى وقت كانت الذمم ما تزال طاهرة وكان الناس فى مجموعهم متدينين يخشون الله تعالى ، ويخشون مغبة حلفهم بالله كذبا وباطلاً ، أما فى عصرنا الحاضر فهل يطمئن إلى زوج يحلف وزوجته تدعى عليه أنه خصى أو عنين وتطلب الطلاق بسبب ذلك ، وما دام أن أبا حنيفة أجاز إثبات الخصاء والعنة بالنسبة للمرأة البكر بأهل الثقاة من النساء ، فلم لا يباح هذا الإثبات نفسه بالنسبة للمرأة الثيب ، وماهو وجه التفرقة ، وهل ثيبوبة المرأة تنفى عنة الزوج أو خصاءه نفياً مؤكدا قاطعاً ، وإذا جاز فى عصر أبى حنيفة أنها تنفى فلا يجوز أن تنفى فى عصرنا الحالى الذى اختلط فيه الحابل بالنابل من الرجال والنساء قبل الزواج وبعده[١] .

٢٤ - وقد قضى بأن الحكم الصادر بإمهال الزوج سنة هو حكم غير قابل للاستئناف استقلالاً ، لأنه قضاء فى إثبات الدعوى ، ولم تنته به الخصومة كلها أوبعضها ، وإنما يستأنف مع الحكم الذى يصدر فى الموضوع وذلك عملاً بالمادة ٣٧٨ مرافعات .

(حكم محكمة أستئناف القاهرة فى ١٩ يونيه سنة ١٩٦٦ فى الأستئناف رقم ١لسنة ٨٣ ق أحوال شخصية)[٢] .

٢٥ - مفاد نص المادتين التاسعة والحادية عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج إن ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلاً ، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى معها الإقامة معه إلا بضرر شديد ، وأنه توسع فى العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولاً

---

(١) نفسه ص ٣٠٢ - ٣٠٣

(٢) نفسه ص ٣٠٣

الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده كل ذلك شريطة إلا تكون الزوجة قد رضيت بالزواج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة ، ولما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان ، قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبى حنيفة ، وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله ، وهى عيوب العنة والخصاء . وباقى الحكم فيه وثقه قسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر ، وكانت ما نصت عليه المادة ١١ سالفة الذكر من الأستعانة بأهل الخبرة من الأطباء يقصد به تعريف العيب ، وما إذا كان محققاً فيه الأوصاف التى أشارت إليها ، ومدى الضرر المتوقع من المرض وإمكان البرء منه والمدة التى يستثنى فيها ذلك ، وما إذا كان مسوغاً لطلب التطليق أولاً .

(نقض الطعن ٢٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٤ / ١٢ / ١٩٧٧ ص ٢٨ مج فنى مدنى ص ١٨٠٤)[1] .

٢٦ - مؤدى نص المادتين ٩ و ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الاحوال الشخصية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج أن ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلاً أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد وانه توسع فى العيوب المبيحة للفرقة فلم نذكرها على سبيل الحصر مخولاً الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده ، كل ذلك شريطة أن لا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة .

---

(١) موسوعة الأحوال الشخصية ١ / ٢٥٨ - ٢٥٩ .

(راجع نقض ١١ / ٢ / ١٩٧٦ الطعن ١٣ لسنة ٤٤ ق س ٢٧ مج فنى مدنى ص ٤٣٢)[١] .

٢٧ - إذا كانت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد أوضحت أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان : قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والجب والخصاء باق الحكم فيه فقه . وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولاً به ، وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه الإ بضرر ، وكان ما نصت عليه المادة ١١ من هذا القانون من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء يقصد به تعرف العيب وما إذا كان متحققاً فيه الأوصاف التى أشارت إليها ، ومدى الضرر المتوقع من المرض وإمكان البرء منه ، والمدة التى يتسنى فيها ذلك ، وما إذا كان مسوغاً لطلب التطليق أولا ، وكان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد سكت عن التعرض للاجراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة فلم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض أو يبين ما يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الحنفية طبقاً للمادة ٢٧٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية إذا كان ذلك ، وكان المقرر فى هذا المذهب أنه إذا دعت الزوجة على زوجها أنه عنين وانه لم يستطع مباشرتها بسبب هذا العيب وثبت أنها لا زالت بكراً ، وصادقها الزوج على أنه لم يصل إليها ، فيؤجله القاضي سنة ليبين مرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم ، وبدء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضا أو به مانع شرعى أو طبيعى كالاجرام والمرض فتبدأ من حين زوال المانع

---

(١) نفسه ص ٢٦٠ .

ولا يحسب من هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مريضاً لا يستطاع معه الوقاع ، فإن مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقت منه لما كان ما تقدم ، وكان البين من تقرير الطبيب الشرعى أن المطعون عليها ما زالت بكراً تحتفظ بمظاهر العذرية التي ينتفى معها القول بحدوث معاشرة ، وأن الطاعن وأن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أنها قد تنتج عن عوامل نفسية وعندئذ تكون المؤقتة ويمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع ، فإن الحكم إذ قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام عيب العنة النفسية به دون إمهال يكون قد خالف القانون ، لا يشفع فى ذلك تقريره إن عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته المطعون عليها أستمر لأكثر من سنة قبل رافع الدعوى ، لأن مناط تحقيق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج من الوصول إلى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل الدعوى اليها وبالشروط السابق الأشارة اليها .

(راجع نقض ١١ / ٢ / ١٩٧٦ الطعن ١٣ لسنة ٤٤ ق س ٢٧ مج فنى مدنى ص ٤٣٢)[١] .

٢٨ - حيث تبين أن الزوج قد حجر عليه للعته وأقيمت الزوجة قيمة عليه ، وحيث أن المحكمة أقامتها وصى خصومة عنه فى الدعوى وحيث إن التقرير الطبى يدل على أن الزوج السابق عنده حالة جنون ناشئة عن تعاطى مواد مخدرة ، وأنه لا يمكن الآن معرفة ما إذا كان سيشفى من هذه الحالة التى عنده أولا ، ولا معرفة ما إذا كانت حالته تتحسن من العلاج أو لا تتحسن .

---

(١) نفسه ص ٢٦٠ - ٢٦١ .

وأن زوجة هذا المريض لا يمكنها الإقامة معه مع أنه معظم أوقاته فى سكون وهدوء ، لأنه بطىء الفهم والذاكرة ويخلط فى كلامه بين بعض الموضوعات وبعضها الآخر ، ولا يمكن لزوجته على الوجه الموضح به ، حيث أن المادة التاسعة توجب التفريق بين الزوجين إذا كان بالزوج عيب مستحكم لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه تستوجب إلا بضرر ، وحيث إن التقرير يدل على أن الحالة التى عند هذا الزوج تستوجب التفريق بينه وبين الزوجة عملاً بالمادة التاسعة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠[١] .

٢٩ - إذا كان يبين من الرجوع إلى الأوراق أن الطاعنة أقامت دعواها بطلب التطليق من زوجها المطعون ضده على سببين : أولهما جنونه ، وثانيهما : إضراره بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض دعوى الطاعنة مكتفياً ببحث ما أدعته الزوجة من جنون الزوج ولم يعرض لما ادعته من إضراره بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، فإنه يكون قاصراً بما يوجب نقضه .

(نقض ٤ / ١١ / ١٩٧٠ ص ١١١٤)[٢] .

٣٠ - مفاد نص المادتين ٩ و ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يدل على أن المشرع توسع فى العيوب التى تبييح للزوجة طلب الفرقة فلم يقتصر على ما أخذ به منها فقهاء الحنفية وهى عيوب العنة والجب والخصاء وإنما أباح لها طلب التفريق إن ثبت بالزوج أى عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلاً ، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد ، وأن ما ورد ذكره من

---

(١) نفسه ص ٢٦١ .

(٢) نفسه ص ٢٦٣ .

عيوب فى هذا النص كان على سبيل المثال لا الحصر وأنه رأى الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام العيب ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده .

(نقض ٢٣ / ٦ / ١٩٨١ - طعن رقم ١٣ س ٥٠ ق)[١] .

٣١ - إذا كان حكم المطعون فيه قد انتهى صحيحاً إلى ثبوت قيام العيب المستحكم الموجب للتفريق فليس بضاره بعد ذلك خطؤه فى وصف هذا العيب بالعنة .

(نقض ٢٣ / ٦ / ١٩٨١ - طعن رقم ١٣ س ٥٠ ق)[٢] .

٣٢ - مفاد نص المادتين التاسعة والحادية عشرةمن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج إن ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد ، وأنه توسع فى العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولاً الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ، ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده ، كل ذلك شريطة إلا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة ، ولما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت أن التفريق للعيب مع الرجل قسمان : قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبى حنيفة . وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله ، وهى عيوب الجب والعنة والخصاء ، وقسم جاء به القانون زاده على ما كان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر ، وكان تقدير علم الزوجة بعيب الزوج

---

(١) نفسه ٢٦٥ - ٢٦٦ .

(٢) نفسه ص ٢٦٦ .

ورضاها به صراحة أو دلالة من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع مما لا تجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض ما دام الحكم يقوم على اسباب مقبوله تكفى لحمله .

(نقض ١٨ / ٥ / ١٩٨٢ الطعن ١٠ لسنة ٥١ ق)[١] .

٣٣ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج إن ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلاً ، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد ، وأنه توسع فى العيوب المسببة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر نحو الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ، ومدى الضرر الناجم من الإقامة مع وجوده ، كل ذلك شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أودلالة .

(نقض الطعن رقم ٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩ / ١١ / ١٩٧٥ س ٢٠٦ مج فنى مدنى ص ١٤٢٦)[٢] .

---

(١) نفسه ص ٢٢٦ .

(٢)نفسه ص ٢٧٠ .

ب - الأحكام المتعلقة بغير المسلمين

١ - إن رغبة الزوج فى التخلص من الحياة الزوجية لا تبرر إجابته لطلب الطلاق ، ولو كان سنده مرضه عشرين عاماً بمعدته وسوء حالته الصحية مما حال دون الوفاء بالمعاشرة الزوجية ، وأدى إلى استمرار النزاع لمدة عشر سنوات وترك مسكنه ما دامت الزوجة تعلم بحالته وترضاه وترعاه أثناء مرضه .

(مجلس ملى فرعى اسكندرية فى ١٦ / ١٢ / ١٩٥٥ قضية ١٥ / ١٩٥٥[١]) .

٢ - إن المرض الذى عزاه الزوج لزوجته مردود بأن المشرع لدى الأقباط الأرثوذكس يأخذ بمبدأ التحديد القانونى لأسباب الطلاق ، وأن المقصود بالمرض الذى يبرر التطليق فى مدلول المادة ٥٤ من قانون الأحوال الشخصية أن يصاب أحد الزوجين بجنون مطبق أو بمرض معد يخشى منه على سلامة الزوج الآخر وأن يكون قد مضى عليه ثلاث سنوات ، وأن يثبت أنه غير قابل للشفاء ، فإذا ما تخلف أحد هذه الشروط الأربعة فهو حتما لا يخول الحق فى طلب الطلاق ، وأما العيب المانع من الزواج فقد نصت عليه المادتان ٢٧ ، ٢٨ من القانون المشار إليه ، وذلك المانع هو اصابة أحد طالبى الزواج بمرض طبيعى أو عرضى لا يرجى زواله يمنعه من الأتصال الجنسى كالعنة والخنوثة والخصاء وأما المرض القابل للشفاء ولا يخشى منه على سلامة الزوج الآخر فلا يمنع الزواج ، ولكن لا يجوز الزواج حتى يشفى المريض كالسل فى بدايته والأمراض السرية وهنا لم يثبت أن بالزوجة مرضاً أو عيباً يوجب التطليق .

(استئناف القاهرة فى ٢١ / ١١ / ١٩٥٦ القضيتان ١١٩ ، ١٩١ / ٧٣ ق [٢]) .

---

(١) انظر : دعاوى الطلاق والطاعة ص ١٨٢ .

(٢) نفسه ص ١٨٢ - ١٨٣ .

٣ - إن ما أسنده المدعى على المدعى عليها من أنها نحيفه وبها أنيميا ملحوظة لا يعتبر هذا المرض سبباً يبرر الطلاق ، كما لا يبرره ما ذكره المدعى من فارق السن بينه وبين زوجته بفرض صحته وعدم إنجابها نسلا .

(القاهرة الأبتدائية ٢٢ / ١١ / ١٩٥٦ القضية ٥٩٧ لسنة ١٩٥٦[١]) .

٤ - إن الثابت من تقرير الطبيب الشرعى أنه وإن كانت الزوجة مريضة بالقلب إلا أن هذا المرض لا يحول دون المعاشرة الجنسية ومن ثم فإن الأساس الذى يبنى عليه المدعى بطلب الطلاق ينهار وينهدم .

(الأسكندرية / الابتدائية ١٢ / ٦ / ١٩٥٦ القضية ١٢ لسنة ١٩٥٦[٢]) .

٥ - الأمراض التى أشار إليها رجال الدين المسيحى فى شروحهم أو النصوص التى أقروا أحكامها لم تأت علي سبيل الحصر بحيث لا يعد ما عداها من أمراض غير موجب للطلاق رغم خطورتها ، بل إن إشارتهم لتلك الأمراض قد جاءت على سبيل المثال .

(القاهرة الأبتدائية ٢٤ / ١١ / ١٩٥٦ القضية ٥٨٦ لسنة ١٩٥٦[٣]) .

٦ - لما كان قد ثبت من التقرير الطبى الشرعى الموقع على المدعى عليها أنها تعاني شللاً توترياً بالأطراف مع تأثر بالحساسية وأن خدل العضلات وتوترها قد اصطحب فىحالة الطرفين العلوين برعشه واضحه باليدين ، وفى حالة الطرفين السفليين بسقوط القدمين ومشية توترية غير متزنة ولا مستقيمة ، كما أن الحالة قد أصطحبت بتأثر قوة ودقة أبصار عينيها إلى درجة كبيرة ، وإن هذه الحالة فى مجموعها بالدرجة التى وضحت تجعلها غير صالحة للمعاشرة الزوجية ، وأن حالتها هذه قد أستقرت

---

(١) نفسه ص ١٨٣ .

(٢) نفسه ص ١٨٣ .

(٣) نفسه ص ١٨٣ .

على هذا الوضع ، ولا يرجى تحسنها أو شفاؤها مستقبلاً لما كان ذلك ، وكان الإبقاء على هذه الحياة الزوجية فيه ضرر جسيم بالزوج ، إذ لن تتحقق غايات الزواج ، ومن ثم يتعين إجابة المدعى إلى طلبه والقضاء بتطليق المدعى عليها منه .

(القاهرة الأبتدائية ٢٤ / ١١ / ١٩٥٦ القضية ٥٨٦ لسنة ١٩٥٦[١]) .

٧ - إن ادعاء الزوج بأن زوجته تمتنع عليه أحيانا لإصابتها بمرض نسائى على أمل أن يجد من ذلك الادعاء مسوغاً للتطليق لا يتفق هذا الذى قرره الزوج لأول مرة أمام هذه المحكمة مع الواقع فى الدعوى من أن الزوجين عاشا معاً منذ زواجهما وأنجبا بنتاً وقد أقامت الزوجة دعوى أمام المجلس الملى الفرعى مطالبة بنفقة ، وقد عقب الزوج على هذا الطلب بأن طالب من جانبه بدخول الزوجة فى طاعته دون أن يشكو من شىء من هذا القبيل ، على أن المادة ٥٤ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس لم تجعل مثل هذه الأمراض سبباً من أسباب فسخ العلاقة الزوجية إلا إذا كان العيب مستحكماً لا يمكن البرء منه ، ولا يمكن المقام معه الإ بضرر ، وأن يكون معدياً ويخشى منه على سلامة الزوج الأخر .

(استئناف القاهرة ٦ / ٢ / ١٩٥٧ القضية ٢١٧ / ٧٣ ق[٢]) .

٨ - إن المدعى يؤسس دعواه على إصابة زوجته بمرض السل المعدى الذى يجعل الحياة الزوجية متعذرة ، وأنه لا نزاع طبقاً للعرف المتواتر الذى جرت عليه مجالس الأقباط الأرثوذكس أن مثل هذا الأساس مما يعول عليه طبقاً لأحكام تلك الشريعة كمبرر للطلاق ، كما أن النصوص التى وضعها

---

(١) نفسه ص ١٨٣ - ١٨٤ .

(٢) نفسه ص ١٨٤

المجمع المقدس بالاشتراك مع المجلس الملى العام سواء فيها ما وضع سنة ١٩٣٨ أو ما وضع سنة ١٩٥٥ تنقيحاً للنصوص الأولى قد ورد فيها ما يؤكد ذلك إذ نصت المادة ٥٤ من تقنين سنة ١٩٣٨ على أنه « إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق أو بمرض معد يخشى منه على سلامة الآخر ، يجوز للزوج الأخر أن يطلب الطلاق إذا كان مضى ثلاث سنوات على الجنون أو المرض ، وثبت أنه غير قابل للشفاء » .

ويؤخذ من هذا النص أن المرض لم يترك على إطلاقه ليكون وسيلة لفصم عرى الزوجية ، بل درجت المجالس الملية على استلزام شروط ثلاثة إن توافرت قام المبرر للطلاق وهى :

١ - الإصابة بالمرض الذى تقرر المحكمة مدى جسامته .

٢ - أستحالة الحياة الزوجية مع قيام هذا المرض .

٣ - عدم قابلية هذا المرض للشفاء فى مدة معقولة .

وبالبحث فى مدى توافر الشروط المبررة للطلاق فى النزاع المطروح يبين توافر الشرطين الأول والثانى ، وأنه لا جدال أن السل من الأمراض الجسمية التى لها خطرها خاصة وقد ثبت من التقرير الطبى أن هذا المرض ناقل للعدوى بالمخالطة ، ويترتب عليه استحالة الحياة الزوجية بين المدعى والمدعى عليها خشية إصابة الزوج بهذا المرض المعدى ، أما فيما يتعلق بالشرط الثالث وهو عدم قابلية المرض للشفاء فى مدة معقولة ، فإن التقرير الطبى قد أنتهى إلى أن حالة المدعى عليها قابلة للتحسن بالعلاج الطبى الشامل .

(القاهرة الابتدائية ٩ / ٢ / ١٩٥٧ قضية ٦٨٩ لسنة ١٩٥٦[1]) .

---

(١) نفسه ص ١٨٤ ، ١٨٥ .

٩ - إن المرض المفضى الى الطلاق لا يمكن أن يقال به بعد أربعين سنة من حصول الزواج ، إلا أن يكون هذا المرض بحالة معدية يخشى على الزوج السليم منها ، وظاهر أن الشلل النصفى ليس من بين هذه الأمراض المعدية بل هو من الأمراض المتوقع حصولها مع تقدم السن وقد بلغت الزوجة على حد قول الزوج سن السبعين سنة بعد أن أمضت معه كزوجة أربعين سنة ، فلا يحل للزوج بعد أن أمضى هذا العهد الطويل مع زوجتة أن يطلب التطليق منها لمجرد أنها أصيبت بشلل نصفى فى أخريات أيامها وأن كان الزوج يصغر زوجته سناً ، وفى حاجة إلى الزواج حسب قوله فإن هذا لا يقوم سبباً للتطليق حتى إذا لم تعارض الزوجة فى التطليق لأن الطلاق والتطليق فى شريعة الأقباط الأثوذكس التى ينتمى إليهاالطرفان لا يكون لاتفاق أو عدم أعتراض أحد الزوجين ، بل يجب أن يكون لسبب توجبه هذه الشريعة .

(استئناف القاهرة ٢٩ / ٣ / ١٩٥٨ قضية ٢٢١ / ٧٤ ق[١]) .

١٠ - إن الكساح لا يعتبر من الأمراض المسوغة للتطليق فى شريعة الأقباط الأرثوذكس التى يدين بها طرف الخصومة لعدم توافر الشروط التى أوجبتها المادة ٥٤ من لائحه الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس ، إذ أن الكساح ليس من الأمراض المعدية التى يخشى منها على سلامة الزوج الآخر ، فضلاً عن أنه لم يثبت أنه غير قابل للشفاء .

(استئناف القاهرة ١٥ / ٢ / ١٩٦١ قضية ١٣ / ٧٧ ق[٢]) .

١١ - إن المادة ٥٤ من قانون الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس قد نصت على أن لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق إذا أصيب الآخر بجنون

(١) نفسه ص ١٨٥ - ١٨٦ .

(نفسه ص ١٨٦)

مطبق ، أو بمرض معد يخشى منه على سلامة الآخر ، وبشرط أن يكون قد مضى ثلاث سنوات على الجنون أو المرض ، ويثبت أنه غير قابل للشفاء ، وقد نفى الطبيب الذى ندبته المحكمة لفحص الزوجة أصابتها بآفة فى العقل ، وقال أنها مصابة بالصرع ، وأكد أنه مرض غير معد ، ولا يخشى منه على سلامة الزوج ، وأنه وضع الزوجة تحت الاختبار فحدث لها ما يقرب من عشر نوبات صرعية ، وإن نوبة الصرع لم تتجاوز الخمس دقائق إلا مرة تجاوزتها إلى خمس عشرة دقيقة ، وبهذه المثابة لا يعتبر هذا المرض سبباً للتطليق فى حكم المادة ٥٤ وفق ما سلف بيانه ، وبالأضافة إلى ما تقدم فإن الشرع لدى الأقباط الأرثوذكس يأخذ بالتحديد القانونى لأسباب الطلاق ، ولا يعتبر مثل هذا المرض سبباً لفصم رابطة الزوجية .

(استئناف القاهرة ١٤ / ١١ / ١٩٥٦ القضية ١٨٩ / ٧٣ ق[١]) .

١٢ - أن قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس لم تجعل الجنون الطارىء أثناء قيام الحياة الزوجية سبباً من أسباب التفريق ألا إذا كان مطبقاً ، أى لا يفيق صاحبه فى فترات من الزمن وبشرط أن يستمر المرض ثلاث سنوات متوالية ، ويثبت فى نهايتها أنه غير قابل للشفاء ، وقد نصت المادة (٥٤)من قانون الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس الصادر فى ٩ مايو ١٩٣٨ على ذلك صراحة ، إلا أن واضعى مجموعة الأحوال الشخصية سنة ١٩٥٦ قد جعلوا مدة المرض خمس سنوات متوالية .

(استئناف القاهرة ٦ / ٣ / ١٩٥٧ القضية ٢١٦ / ٧٣ ق[٢]) .

---

(١) نفسه ص ١٨٩ .

(٢) نفسه ص ١٨٩ .

١٣ - إن القول بأن الزوجة مريضة بمرض عصبى يجعل المعيشة معها لا تكون إلا بضرر مردود بأن واضعى مجموعة قانون الأحوال الشخصيةللأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨ قد جعلوا فى المادة ٥٤ الأمراض المعدية والتى يخشى منها على سلامة الزوج الأخر ، والتى يثبت أنها غير قابلة للشفاء سبباً للتطليق فإذا ما تخلف أحد هذه الشروط فلا يحق للزوج الآخر طلب الطلاق وليس ثمة شك أن المرض العصبى ليس من الأمراض المعدية وبالتالى لا يحق للزوج أن يطلب الطلاق بسبب ذلك المرض الذى يدعى قيامه ، هذا وإن واضعى مجموعة الأحوال الشخصية لسنة ١٩٥٦ وحده التى رفع النزاع فى ظلها قد استثنوا المرض فلم يجعلوه سبباً للتطليق .

(استئناف القاهرة ٢٤ / ٤ / ١٩٥٧ القضية ٢٠ / ٧٤ ق[١]) .

١٤ - مؤدى نص المواد ٢٧ ، ٤١ ، ٥٤ / ٢ من مجموعة القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس الصادرة فى سنة ١٩٣٨ أنها فرقت بالنسبة للعنة وهو العجز الكامل الذى يكون بانعدام المقدرة الجنسية انعداماً كاملا بحيث لا يستطيع أحد الطرفين الأتصال بالآخر على الوجه العادى ، بين حالة ما إذا كانت سابقة على الزواج وتحققه وقت قيامه فتعتبر مانعاً من موانع انعقاده يتصل بأمر واقع يتعلق بالشخص ويجعله غير صالح له بحكم الحق الطبيعى فيكون العقد باطلاً بطلانا مطلقا بشرط ثبوت أن العجز لا يرجى زواله ولا يمكن البرء منه ، وبين حالة ما إذا كانت إصابة الزوج بالعنة لاحقة للزواج فهى لا تؤثر فى صحته طالما انعقد فى الأصل صحيحاً ، فيجوز للزوجة طلب التطليق متى مضى على الإصابة ثلاث سنوات وثبت عدم قابليتها للشفاء ، وكانت الزوجة فى سن يخشى عليها من الفتنة وكان ما استدل عليه الحكم المطعون فيه من أن عنة الطالب مصاحبة لانعقاد الزواج إنما هو تطبيق سليم لتوافر شرائط المادة ٢٧ المشار إليها ،

---

(١) نفسه ص ١٩٠.

وله مأخذه من الأوراق ، إذ لا يهم مع ثبوت العجز الجنسى أن يكون نتيجة عنه عضوية أو مرده إلى بواعث نفسية ، ولا يصح مسايرة الطاعن فى القول بموجب مضى مدة السنوات الثلاث لأنها متعلقة بالعنة الحاصلة بعد الزواج لا قبله .

(نقض ٢٦ / ١ / ١٩٧٧ م طعن ٣٩ س ٤٥ ق[1]) .

١٥ - إذا كان تقدير قيام المانع الطبيعى أو العرضى الذى لا يرجى زواله ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى قام قضاؤها على أسباب سائغة ، وكان ما أفصح عنه الحكم من أن دوام العلاقة الزوجية أكثر من عامين ، والزوجة على فراش الزوجية لا تفارق زوجها طوالها ، تعطيه طواعية واختياراً المكنة لتدارك ما فاته حريصة على الإبقاء على عروة الزوجية ومع ذلك ظلت عذراء ، بل وقطع تقرير الطبيب الشرعى بأن المعاشرة الزوجية الصحيحة لم تتم بينهما على صورة ما وإن ما ادعاه الزوج من حصول الوقاع كاملا مرة واحدة منذ بدء الحياة الزوجية غير صحيح ، وكان ذلك كله يتوافر به التدليل المقنع على عنة الطاعن وإنها غير قابلة للزوال ، فإن ما ينعاه الطاعن لا يعدو فى حقيقته أن يكون مجادلة فى تقدير الدليل لمحكمة الموضوع لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض .

(نقض ٢٦ / ١ / ١٩٧٧ طعن ٣٩ س ٤٥ ق[2]) .

١٦ - النص فى المادة ٢٧ من مجموعة سنة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس التى طبقها الحكم المطعون فيه على أنه « لا يجوز الزواج إذا كان أحد طالبى

---

(١) موسوعة الأحوال الشخصية ١ / ٧٦٧ - ٧٦٨ .

(٢) نفسه ١ / ٧٦٨ .

ـواج مانع طبيعى أو عرض لا يرجى زواله بمنعه من الاتصال الجنسى العنة والخنوثة والخصاء » والنص فى المادة ٤١ من ذات المجموعة على أنه كل عقد يقع مخالفا لأحكام المواد ... ٢٧ يعتبر باطلاً » يفيد أنه إذا انت حالة العجز الجنسى سابقة على الزواج ومتحققة وقت قيامه فإنها تبر مانعاً من موانع انعقاده لاتصالها بأمر واقع ويتعلق بالشخص ويجعله ر صالح له بحكم الحق الطبيعى ، فيكون العقد باطلاً بطلانا مطلقا بشرط وت أن العجز لا يرجى زواله ولا يمكن البرء منه ، فإذا برىء الشخص ه ولو بعملية جراحية فلا يعد العجز مانعاً مبطلاً لعقد الزواج ، ولما كان دير ما إذا كان العجز الجنسى قد برىء منه الشخص أم لا مما يدخل فى طة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان ـاؤها يقوم على أسباب سائغة .

(نقض ٢٣ / ٥ / ١٩٧٩ طعن ٣٣س ٤٨ ق [1]) .

– إذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استخلص من وقائع الدعوى لم يثبت أن الزوج مصاب بعجز جنسى مستحكم مما لا يرجى شفاؤه ـتدل على ذلك بأن الطاعنة لم تمكث معه في منزل الزوجية المدة ـافية للحكم على حالته ، وقدر هذه المدة بسنة كاملة على أساس أن ـنة تحوى فصولاً أربعة وربما يستطيع الزوج القيام بواجباته في فصل ـن آخر ، ورتب الحكم على عدم ثبوت العجز الجنسى بالمطعون عليه ـاءه برفض دعوى الطاعنة ببطلان عقد الزواج ، وهو استخلاص موضوعى ـغ يؤدى إلى ما انتهى إليه ، ومما يستقل به قاضى الموضوع لما كان ـك فإن النعى على والحكم المطعون فيه يكون فى غير محله .

---

(1) نفسه ١ / ٧٦٨ – ٧٦٩ .

(نقض ١٤ / ٣ / ١٩٧٣ طعن ١٠ س ٤٠ ق)[١] .

١٨ - تقضى المادة ٢٧ من مجموعة سنة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس بأنه « لا يجوز الزواج إذا كان لدى أحد طالبى الزواج مانع طبيعى أو عرض لا يرجى زواله يمنعه من الأتصال الجنسى كالعنة والخنوثة والخصاء ... » وتقدير قيام المانع الطبيعى أو العرض الذى لا يرجى زواله ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة .

(نقض ١ / ١٢ / ١٩٧١ طعن ٢٥ س ٣٨ ق [٢]) .

١٩ - عنة الرجل السابقة على الزواج مانع من موانع انعقاده فى شريعة الأقباط الأرثوذكس بحكم الحق الطبيعى نفسه وهى مانع يتصل بأمر واقع لا يرتفع برضا الطرف الآخر .

(نقض ٢٧ / ٥ / ١٩٧٠ طعن ٢٨ س ٣٧ ق [٣]) .

٢٠ - العقم طالما كان مستقلاً بذاته لا يعتبر سبباً للتطليق فى شريعة الأقباط الأرثوذكس ، لأن قواعدها لم تنص عليه من بين أسبابه ، وأكتفت بذكر الموانع التى تحول دون الأتصال الجنسىمما مفاده أنه لا يمكن الربط بين التطليق وبين عدم تحقيق الغاية من الزواج ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى ، لا يكون قد خالف القانون لأنه حصل بما له من سلطة فهم الواقع فى الدعوى وفى حدود سلطته التقديرية ، إن أساس طلب التطليق يرجع إلى عقم المطعون عليها ، وأن الفرقة بينها وبين زوجها الطاعن نجمت عن هذا السبب الذى لا يدلها فيه ،

---

(١) نفسه ١ / ٧٦٩ .

(٢) نفسه ١ / ٧٦٩ - ٧٧٠ .

(٣) نفسه ١ / ٧٧٠ .

وأنه ليس من خطأ مرده أليها الأمر الذى ينتفى معه اشتراك الزوجين فى الخطأ . لما كان ذلك فإن ما يثيره الطاعن - الزوج - لا يعدو أن يكون مجادلة فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير الدليل لا تجوز إثارتها أمام محكمة النقض .

(نقض ١٠ / ٥ / ١٩٧٦ طعن ٣١ س ٤٥ ق[1]) .

٢١ - إن المرض المسوغ للطلاق هو ما نصت عليه المادة (٥٤) من قانون الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس ما يمكن المقام معه إلا بضرر كالجنون المطبق ، أو يخشى منه على سلامة الزوج الآخر إذا مضى عليه ثلاث سنوات ، وثبت أنه غير قابل للشفاء .

(محكمة استئناف القاهرة فى ٢١ / ١١ / ١٩٥٦ م ، القضيتان رقما ١١٩ ، ١٩١ سنة ٧٣ قضائية[2]) .

٢٢ - إن المرض الذى عزاه الزوج لزوجته مردود بأن الشرع لدى الأقباط الأرثوذكس يأخذ بمبدأ التحديد القانونى لأسباب الطلاق وأن المقصود بالمرض الذى يبرر التطليق فى مدلول المادة (٥٤) من قانون الأحوال الشخصية : أن يصاب أحد الزوجين بجنون مطبق أوبمرض معد يخشى منه على سلامة الزوج الآخر ، وأن يكون قد مضى عليه ثلاث سنوات ، وأن يثبت أنه غير قابل للشفاء فإذا ما تخلف أحد هذه الشروط الأربعة فهو حتماً لا يخول الحق فى طلب الطلاق .

(محكمة استئناف القاهرة فى ٢١ / ١١ / ١٩٥٦ ، القضيتان رقما ١١٩ ، ١٩١سنة ٧٣ ق[3]) .

---

(١) نفسه ١ / ٧٧٠ .

(٢) قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ١٢٠ .

(٣) نفسه ص١٢٠ ، ١٢١

٢٣ - الأمراض التى أشار إليها رجال الدين المسيحى فى شروحهم أو النصوص التى أقروا أحكامها لم تأت على سبيل الحصر بحيث لا يعد ما عداها من أمراض غير موجب للطلاق رغم خطورتها، بل إن إشارتهم لتلك الأمراض قد جاءت على سبيل المثال .

(محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٤ / ١١ / ١٩٥٦ القضية رقم ٥٨٦ سنة ١٩٥٦[١]) .

٢٤ - إن المرض الذى أصيبت به الزوجة وهو درن رئوى مزدوج فعال مع سل بالأضلاع ونواسير بجدار الصدر من الأمراض القابلة للشفاء إذا ما توافر علاجه ، وقد قرر أطباء الدعوى أن الزوجة قابلة للشفاء من هذا المرض . ومتى كان الأمر كذلك فلا يصح أن يعتبر هذا المرض سبباً للطلاق حتى إذا طالت مدة العلاج ، وإلا كانت الحياة الزوجية متوقفة على إصابة أحد الزوجين بمرض من هذا النوع ، ولذلك ترى المحكمة أن الحكم فى غير محله ويتعين إلغاؤه .

(محكمة استئناف القاهرة فى ١١ / ٦ / ١٩٥٨ القضية رقم ٢١٩ سنة ٧٤ ق[٢]) .

٢٥ - إن قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس لم تجعل الجنون الطارىء أثناء قيام الحياة الزوجية سبباً من أسباب التفريق إلا إذا كان مطبقا : أى لا يفيق صاحبه فى فترات من الزمن ، وبشرط أن يستمر المرض ثلاث سنوات متوالية ويثبت فى نهايتها أنه غير قابل للشفاء ، وقد نصت المادة ٥٤ من قانون الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس الصادر فى ٩ مايو ١٩٣٨ على ذلك صراحة إلا أن واضعى مجموعة الأحوال الشخصية سنة ١٩٥٦ قد جعلوا مدة المرض خمس سنوات متوالية .

---

(١) نفسه ص ١٢١ .

(٢) نفسه ١٢١ - ١٢٢ .

(محكمة استئناف القاهرة فى ٦ / ٣ / ١٩٥٧ القضية رقم ٢١٦ سنة ٧٣ ق[1]) .

٢٦ - إن استناد المدعى إلى الادعاء بإصابة المدعى عليها بالجنون لا يسعفه فى هذا المجال ، إذ الثابت من الأوراق أنها لم تمكث فى مستشفى الأمراض العقلية سوى فترة قصيرة أبلت من مرضها وعادت إلى حالتها الطبيعية كما هو باد من مناقشتها .

(محكمة استئناف القاهرة فى ٢٣ / ٢ / ١٩٥٦ القضية رقم ١٧٧٨ سنة ١٩٥٦[2]) .

٢٧ - ليس ثمة شك أن المرض العصبى ليس من الأمراض المعدية وبالتالى لا يحق للزوج أن يطلب الطلاق بسبب ذلك المرض الذى ادعى قيامه هذا ، وأن واضعى مجموعة الأحوال الشخصية لسنة ١٩٥٦ وهى التى رفع النزاع فى ظلها قد استثنوا المرض فلم يجعلوه سبباً للتطليق .

(محكمة استئناف القاهرة فى ٢٤ / ٤ / ١٩٥٧ القضية رقم ٢٠ لسنة ٧٤ ق[3]) .

٢٨ - إذا كان سلوك الزوجة لم يكن مما يخفف حدة الشكوك التى تساور زوجها حول أمانتها ، بل على العكس كانت تسلك كل السبل لتدعيم الشكوك فتحكم المحكمة بإيقاع الطلاق لخطأ من الزوجة فى حق زوجها .

(حاخا مخانة الإسكندرية ٢١ ديسمبر ١٩٥٣[4]) .

---

(١) نفسه ص ١٢٤ .

(٢) نفسه ص ١٢٤ - ١٢٥ .

(٣) نفسه ص ١٢٥ .

(٤) الأحوال الشخصية ص ٣٤٩ .

٢٩ - حكمت محكمة النقض « بأن للزوج طبقاً للشريعة الموسوية لطائفة القرائين أن يطلق زوجته إذا ما عرضت نفسها للابتذال فى الطرق والاسواق والمجتمعات ، أو خالطت غير أهل الحشمة والوقار ،أو أتت أمراً مريباً ، وتقدير ذلك مرجعه إلى محكمة الموضوع . أما ما قال به بعض الفقهاء الإسرائيليين من أنه يشترط فى الريبة المبررة للطلاق أن يصدق الزوج ما يبلغه من ريبة عن زوجته وأن يكون التصديق خلقاً له عادة ، فالمقصود به أن يكون الزوج مصدقاً لما بلغه عن زوجته وأن اتهامه لها بالريبة لم يكن تجنياً » .

(نقض ١٠ يناير ١٩٥٧ م مجموعة الأحكام س ٨ ص ٦٠[١]) .

٣٠ - إن الإصابة بمرض سرى يبيح طلب الطلاق .

(القاهرة الابتدائية رقم ٤٧٧ سنة ١٩٥٦[٢]) .

٣١ - ونفس الحكم بالنسبة للسل كمرض مستحكم لا يمكن البرء منه ولا يمكن المقام معه إلا بضرر شديد ويخشى منه على سلامة الزوج .

(استئناف القاهرة ٢٠ مارس ١٩٥٧ [٣]) .

٣٢ - ونفس الحكم - أى عدم اعتبار هذا المرض سبباً للطلاق - بالنسبة لعدوى درنية نشطة بالرئتين ، فهى وإن كانت معدية إلا أنها قابلة للشفاء .

(استئناف القاهرة ٢٠ مارس ١٩٥٧[٤]) .

٣٣ - وكذلك الحال بالنسبة للربو .

---

(١) الأحوال الشخصية ص ٣٥٠ .

(٢) نفسه ص ٣١٩ .

(٣) نفسه ص ٣١٩ .

(٤) نفسه ص ٣٢٠ .

(استئناف القاهرة ٩ يناير ١٩٥٧ [١]) .

٣٤ - فإذا تبين من التقرير الطبى أن مرض الزوجة قابل للشفاء كان من المتعين على الزوج أن يقوم بواجب المساهمة فى علاج زوجته والإنفاق عليها فى شئون مرضها قدر طاقته حتى لا يطول أمر علاجها ، فإن تطور المرض فيما بعد وتعذر شفاؤه تحتفظ المحكمة بالحق له فى أن يضع عندئذ فى الحين المناسب هذه الظروف الطارئة تحت نظر المحكمة .

(استئناف القاهرة ١٠ يونيو ١٩٥٧ [٢])

٣٥ - فإذا كان يرجى شفاء المرض فينبغى ألا تطول مدته إلى الحد الذى يترتب عليه الضرر ، لما كان ذلك فقد رأت المحكمة تنويراً للدعوى وتحقيقاً لدفاع الطرفين فيها الاستعلام من مستشفى الأمراض الصدرية عن حقيقة مرض المدعى عليها وتاريخ إصابتها به وأثره ، وما إذا كان يرجى شفاؤها منه والمدة اللازمة لذلك .

(القاهرة الابتدائية ٩ مارس ١٩٥٧ [٣]) .

٣٦ - قضت محكمة النقض أن العقم طالما كان مستقلاً بذاتة لا يعتبر سبباً للتطليق فى شريعة الأقباط الأرثوذكس ، لأن قواعدها لم تنص عليه من بين أسبابه ، واكتفت بذكر الموانع التى تحول دون الأتصال الجنسى ، مما مفاده أنه لا يمكن الربط بين التطليق وبين عدم تحقيق الغاية من الزواج ، وعقم الزوجة لابد لها فيه وأنه ليس من خطأ مرده إليها ، الأمر الذى ينتفى معه اشتراك الزوجين فى الخطأ .

(نقض ١٠ نوفمبر ١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٥٧٤ [٤]) .

---

(١) نفسه ٣٢٠ .

(٢) نفسه ص ٣٢٠ .

(٣) نفسه ص ٣٢٠ .

(٤) نفسه ص ٣٢٠ .

المصادر والمراجع

أولاً : الكتب المقدسة

- القرآن الكريـم .
- التوراة (كتاب مقدس عند اليهود والمسيحيين) .
- العهد الجديد (كتاب مقدس عند المسيحيين ، ويتكون من الأناجيل المعتمدة عندهم وهى أناجيل : متى ومرقس ولوقا ويوحنا ، بالإضافة إلى أعمال الرسل » .
- منوسمرتى (كتاب الهندوس المقدس) ، وهذا الكتاب خلاصة التشريع الهندوكى . وقد قام بتعريبه وشرحه والتعليق عليه الأستاذ إحسان حقى ، طبعة دار اليقظة العربية .

ثانياً : السـنـة

- الروضة الندية شرح الدرر البهية لمحمد صديق بن حسن خان (ت :١٣٠٧ هـ) القاهرة ، دار التراث .
- رياض الصالحين للنووى ، تحقيق طه عبد الرءوف سعد القاهرة ، الكليات الأزهرية ١٩٨٦ م .
- سبل السلام شرح بلوغ المرام لمحمد بن إسماعيل الأمير الصنعانى ، الإسكندرية ، دار الفتح .
- سنن ابن ماجه (ت : ٣٢٧ هـ) تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى القاهرة ، الحلبى ، ١٩٥٢ م .
- سنن أبى داود (ت : ٢٧٥ هـ) ، مراجعة وضبط محمد محى الدين عبد الحميد ، بيروت ، د . ت .

- صحيح الأمام البخارى (ت : ٢٥٦ هـ) ، القاهرة ، الحلبى ، الطبعة الأخيرة ، ١٩٥٣ م .
- صحيح الإمام مسلم (ت : ٢٦١ هـ) ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٢ م .
- المسند لأحمد بن حنبل ، بيروت ، د . ت .
- نيل الأوطار للشوكانى (ت :١٢٥٥ هـ) ، دار الفكر العربى .

ثالثاً : الفقه والقانـون

- الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية فى الفقة والقانون الوضعى ، د . زكريا البرى .
- أحكام الأسرة ، د .محمد سلام مدكور ، القاهرة ، القاهرة ، ١٩٧٧م .
- أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين د . عبدالناصر توفيق العطار ، الطبعة الخامسة ، ١٩٨٦م .
- أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلام للمرحوم محمد يوسف موسى ، ط القاهرة ، ١٩٥٨ .
- الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لمحمد زيد ، القاهرة .
- الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للإسرائيليين لمسعود حاى بن شمعون ، القاهرة .
- الأحوال الشخصية للإمام أبى زهرة ، دار الفكر العربى ، ١٩٥٧ م .
- الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية د . عبدالعزيز عامر ، ط ١٩٨٤ م .
- الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية للأستاذ محمد محى الدين

عبد الحميد ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٦٦ م .

- الأحوال الشخصية للأجانب فى مصر ، تأليف : جميل خانكى القاهرة ،١٩٥٠ م .

- الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية من المصريين لمحمود نمر وزميله ، ط ١ ، ١٩٥٧ م .

- الأحوال الشخصية لغير المسلمين د . محمد حسين منصور ، ط ١٩٨٦ م .

- الأحوال الشخصية لغير المسلمين والوطنيين الأجانب ، د . جميل الشرقاوى ، القاهرة ، ١٩٦٥ م .

- الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين فقها وقضاء للمرحوم المستشار الدجوى القاهرة ، دارالنشر للجامعات المصرية .

- الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين والأجانب د .أحمد سلامة .

- الأختيارات العلمية لابن تيمية ، ترتيب علاء الدين أبو الحسن الدمشقى ، القاهرة ، ١٣٢٩ هـ .

- الأم لمحمد بن إدريس الشافعى (ت :٢٠٤ هـ) ، ط الشعب .

- انحلال الزواج فى شريعة الأقباط الأرثوذكس ، د . إهاب حسن إسماعيل ، القاهرة .

- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، للإمام المهدى لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى (ت : ٨٤٠ هـ) .

- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاسانى (ت : ٥٨٧ هـ) الطبعة الأولى .

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد المالكى (ت : ٥٩٥ هـ) القاهرة ، الكليات الأزهرية .
- بغية السالك إلى أقرب المسالك لعبد الرحيم السيوطى الطبعة الأولى ، ١٣٢٤ هـ .
- تشريعات الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين مع أحدث أحكام محكمة النقض حتى مارس ١٩٨٣ ، لفتيحة محمود قره ، ط ١٩٨٣ م .
- حاشية الدسوقى للشيخ / محمد عرفة الدسوقى علىالشرح الكبير ، القاهرة ، الحلبى .
- دعاوى الطلاق والطاعة للمسلمين وغير المسلمين لفتحى حسن مصطفى ، ط الإسكندرية ١٩٨٨ م .
- الرجعة فىالفقة الإسلامى د . عبدالغفار إبراهيم صالح القاهرة ، ط ١ ، ١٩٧٩ م .
- رد المختار على الدر المختار على متن تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين) .
- زاد المعاد فى هدى خير العباد لابن القيم ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٠ م .
- الزواج والطلاق فى جميع الأديان لفضيلة الشيخ عبد الله المراغى ، ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ١٩٦٦ م .
- زوجة الغائب دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين الوضعية د . محمد عبدالرحيم محمد ، دار السلام ، ١٩٩٠ .

- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار الشوكانى (ت :١٢٥٥ هـ) . تحقيق محمود إبراهيم زايد ، بيروت ط ١ ، ١٩٨٥ م .
- شرح الخرشى (أبو عبد الله محمد الخرشى) على المختصر الجليل لسيدى خليل ، القاهرة ، ط ١ ، ١٣١٦ .
- شرح النيل لمحمد بن يوسف أطفيش (ت : ١٣٣٢ هـ)ط ٢ ، ١٩٧٢م .
- شريعة حمورابى ، عبدالرحمن الكيال ، ١٩٥٨ م .
- شعار الخضر فى الأحكام الشرعية الإسرائيلية للقرائين ، ترجمة وشرح مراد فرج ، القاهرة .
- فتح القدير على الهداية لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام (ت : ٦٨١ هـ) ، القاهرة ، ط ١ ، ١٩٧٠ م .
- فرق الزواج فى المذاهب الإسلامية للشيخ على الخفيف ، معهد الدراسات العربية .
- الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها للمرحوم الشيخ على حسب الله ، دار الفكر العربى .
- الفقه الإسلامى بين الأصالة والتجديد د . يوسف القرضاوى ، ط ١ ، القاهرة ١٩٨٦ .
- الفقه الإسلامى وأدلته د . وهبه الزحيلى ، ط دمشق الأولى ١٩٨٤ م .
- فقه الإمام جعفر الصادق د . محمد جواد مغنية ، بيروت ، ط ٥ ، ١٩٨٤ م .
- فى أحكام الأسرة لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى حسن ، القاهرة ، ١٩٨٥م .

- المجموع الصفوى لابن العسال ، شرح جرجس فيلوثاؤس عوض ، القاهرة .

- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية إعداد د . أحمد محمد ابراهيم ، الدار المصرية للطباعة والنشر .

- المحلى لابن حزم الظاهرى ، بيروت ، د . ت

- المختصر النافع فى فقه الإمامية لأبى القاسم نجم الدين ، ط دار الكتاب العربى بمصر .

- المغنى لابن قدامة (ت : ٦٢٠ هـ) (ويليه الشرح الكبير) ، بيروت ١٩٨٣ م .

- مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للشربينى الخطيب ط القاهرة ، ١٩٥٨ م .

- موسوعة الأحوال الشخصية للمستشار معوض عبد التواب الطبعة الرابعة ، ١٩٨٨ م .

- موسوعة فقه على بن ابى طالب رضى الله عنه ، جمع د . محمد رواس قلعجى ، دمشق ، ط ١ ، ١٩٨٣ .

- موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضى الله عنه جمع د . محمد رواس قلعجى ، دمشق ، ط ١ ، ١٩٨١ م .

- النظام القانونى للأسرة فى الشرائع غير الإسلامية د . محمد حسين منصور ، الاسكندرية .

- الوجيز فى أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين د . توفيق حسن فرج ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٩ م .

- الوجيز فى الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين ، د . أحمد

سلامة ط ١ ، ١٩٧٠ م .

رابعاً :كتب أخرى ، وهى :

- إحياء علوم الدين لحجة الإسلام أبى حامد الغزالى (ت :٥٠٥ هـ) الحلبى .
- أديان الهند الكبرى د . أحمد شلبى ، القاهرة ، ط ٨ ، ١٩٨٦ م .
- قصة الحضارة لول ديورانت ، ترجمة محمد بدران ، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٨م .
- لسان العرب لابن منظور ، ط دار المعارف .
- المسيحية د . أحمد شلبى ، النهضة المصرية ، ط ٨ ، ١٩٨٤ .
- المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم ، وضع محمد فؤاد عبدالباقى .
- اليهودية د . أحمد شلبى ، النهضة المصرية ، ط ٧ ، ١٩٨٤ .

الفهـــرس

رقم الإيداع ٣٣٩٣ لسنة ١٩٩١